Zum Problem einer subjektiven Rechtswidrigkeit

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Alfred Riedeberger

Referendar

Berichterstatter:
Prof. Dr. A. Wegner

Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg, Bottrop i.W.

1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. Leipzig 1909.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II. Berlin 1907. Bd. III. Berlin 1909.

Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre. Tübingen 1913.

— Die Verbrechensformel. In Schweizer Ztschr. 34.

Beling, Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Methodik der Gesetzgebung, insbes. der Strafgesetzgebung. Berlin 1922.

Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug. Strafr. Abhdl. Heft 333.

— Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht. In: Deutsches Strafrecht. 1934.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I 1872. 1916. Bd. IV. 1919.

— Lehrbuch. Besonderer Teil. Bd. I. 2. Aufl. 1902.

— Die Schuld im deutschen Strafrecht. Leipzig 1919.

Birnbaum, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. Arch. d. Criminalrechts. 1834, n. F. 2. Stück.

Blume, Tatbestandskomplemente. In Strafr. Abhandl. Bd. 14. 1906.

Daniel, Der Irrtum über Strafminderungsumstände. Tübinger Dissertation.

Dannenberg, Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert. Abhandl. d. Krim. Inst. an d. Universität Berlin. 1925. 4. Folge 1. Heft.

Dernburg, Pandekten. Bd. I 6. Aufl. Berlin 1900.

Dohna, Graf zu, Zum neuesten Stande der Schuldlehre. In ZStW. 32.

— Die Elemente des Schuldbegriffs. In GS 65.

— Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.

v. Dohnanyi, Täterschaft und Teilnahme. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Allg. Teil. 1934.

Drost, Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930.

Ebermayer — Lobe — Rosenberg, Leipziger Kommentar (LK) 3. Aufl. 1925.

Ebert, Der Versuch. In Deutsche Justiz. 1934.

Elster, Rechtswidrigkeit. In Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft Bd. IV.

Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld. 1926.

Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Einleitung, Allg. Teil 13. Bearbtg. 1931.

Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Leipzig u. Wien 1910.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11. Ausgabe. Gießen 1832.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I 1904.

— Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. In GS 97.

— Thatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit. In GoltdArch. Bd. 50.

— Einige Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers „Nationalsozialistisches Strafrecht" in GS 104.

Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit bes. Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Flegenheimer, Das Problem des „dolosen Werkzeugs". In Strafr. Abhdl. Heft 164. 1913.

Frank, Zur Strafrechtsreform. In Deutsches Recht 1934.

Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs. Gießen 1907.

— Komm. zum StGB. 18. Aufl. 1931.

Freisler, Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Allg. Teil 1934.

— Aufbau des Besonderen Teils und seine Stellung im Gesetz. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner) Bes. Teil. 1935.

— Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe. In: Deutsches Strafrecht 1934.

Gallas, (Literaturbericht) in ZStW. 1934.

Galliner, Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs, unter bes. Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch. In Strafr. Abhandl. Heft 116.

Gelbert, Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafrecht des neuen Reichs. In: Deutsches Recht 1934.

v. Gemmingen, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts. In: Deutsches Strafrecht. 1935. n. F. II. Bd. Heft 4.

— Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht? JW 1933.

— Die Rechtswidrigkeit des Versuchs. In: Strafrechtl. Abhandl. Bd. 71.

— Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers 1933.

Gerland, Einige Anmerkungen zu der Denkschrift des Preußischen Justizministers. In: Deutsche Justiz. 1934.

— Neues Strafrecht, I Allg. Vorbemerkungen. In DJZ 1933.

Gleispach, Graf, Tötung. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Bes. Teil. 1935.

— Schuld. Oesterr. krim. Vereinigung 1921: Der deutsche Strafgesetzentwurf.

Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff. In: Festgb. für Frank. Bd. I.

— Der Notstand, Ein Schuldproblem. Wien 1913.

— Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin 1925.

Grau, Angriffe auf die Arbeitskraft. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Bes. Teil 1935.

Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hamburger Schriften zur ges. Strafrechtswissenschaft. 1924 Heft 6.

Grünhut, (Literaturbericht) in ZStW Bd. 50.

— Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.

— Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, Bonn und Köln. 1932.

— Gefährlichkeit als Schuldmoment. In: Monatsschriften f. Krim.Psych. Beiheft zu Bd. XVII. 1926.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts. Bd. I 1881.

— Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen. In GS 28, 1876.

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Herausg. von Gans. 1821.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. In ZStW 36.

— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. In: Festg. für Frank Bd. I.

Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Strafr. Abhandl. Heft 211.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I 1925 Bd. II 1930.

— Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. 2. Teil. In: VDA 1908 III.

Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. I: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Jena 1903.

Honig, Kausalität und objektive Zurechnung. In Festg. für Frank. Bd. I.

Höpfner, Zur Tragweite der Normenlehre. In ZStW. 23.

Ihering, Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.

Kadečka, Die Schuldlehre nach dem Strafgesetzentwurf. In ZStW. 48.

— Das Wesen der Fahrlässigkeit. In: Allg. österr. Gerichtszeitung. 76, 1925. Sondernummer zur Tagung der Krim. Vereinigungen in Innsbruck.

Kantorowicz, unechtes Unterlassungs- u. unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt. In Strafr. Abhandl. Bd. 69.

— Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft. 6. Abschn.: Versuch. In: Mon.Schriften f. Krim.Psych. Bd. 7.

Kempermann, Die Behandlung von Täterschaft und Teilnahme in den Vorschlägen der Denkschrift des preuß. Justizministers In DJZ 1934.

Kerrl, Hans, Denkschrift des Preuß. Justizministers „Nationalsozialistisches Strafrecht". 2. Aufl. Berlin 1934.

Klee, Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens. In: Deutsches Strafrecht 1934.

— Die Grenze zwischen Versuch (Unternehmen) und Vorbereitung. In: Deutsches Strafrecht 1934.

— Nochmals Verletzungs- oder Gefährdungsstrafrecht? In: Deutsches Strafrecht 1934.

— Die fahrlässige Tötung in der preußischen Praxis 1792 bis 1812. In: GoltdArch. 62, S. 394 ff.

— Erfolgs- oder Willensstrafe? In: Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.Phil. 10, S. 184 ff.

— Zum kommenden deutschen Strafrecht. In: DJZ 1934.

— Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach künftigem Recht? In DJZ 1934.

Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum. München 1904.
— Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht. München 1912.
— Die Schuld als Grundlage des Strafrechts. In GS 96.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I. Berlin 1903.
— Die Schuld. Reform des Strafgesetzbuchs (Aschrott-Liszt). Berlin 1910. Bd. I.
— Der Allg. Teil des Entwurfs (1925). Reform des Strafrechts (Aschrott-Kohlrausch) 1926.
— Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Bes. Teil 1935.
— Die „Straftat" im deutschen Strafgesetzentwurf 1919. In: Schw.Ztschr. 34.
Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff. In: ZStW. 28, 1908.
Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen 1845.
Kriegsmann, (Literaturbericht) in ZStW 30.
— (Literaturbericht) in ZStW 35.
Kuhlenbeck, in Staudinger, Komm. zum BGB nebst dem Einführungsgesetze. Bd. II 5./6. Aufl. 1910.
Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs. Wien 1879.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927. 26. Aufl. 1932.
v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin 1908.
Lobe, Rechtsirrtum. In LZ 1916 S. 641 ff.
— Nochmals Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht. In DJZ 1934.
Loening, Ueber Wurzel und Wesen des Rechts. Jena 1907.
Löffler, Die Schuldform des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung. Leipzig 1895.
Marschall von Bieberstein, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze. 1927.
Martens, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe. In Strafr. Abhandl. Bd. 57. 1928.
Mayer, M. E., Glossen zur Schuldlehre. In ZStW 32.
— Der Allg. Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1915.
— Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
— Kriminalistische Abhandlungen. Bd. I: Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen. 1867.
Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Berlin 1926.
— Strafrecht, Lehrbuch. 1931.
— Die subjektiven Unrechtselemente. In GS 89. S. 207 ff.
— Die Bedeutung der biologischen Persönlichkeitstypen für die Strafrechtspflege. Mitteilungen d. krim. biologischen Gesellsch. Bd. 2. Graz 1929.
— Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht. In DJZ. 1934.
— Täterstrafrecht. In: Deutsches Strafrecht. 1934. S. 125 ff., S. 145 ff.

Mittermaier, Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit. ZStW. 1911. S. 415 ff.

Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In: Festschr. f. Binding Bd. II.

— Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung. In: Deutsches Recht. 1934.

— Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In: Festg. für Frank. Bd. I.

Remling, Die Gemeinschaft als Subjekt des Rechts. In: Deutsches Recht. 1934.

Noack, Täterschaft und Teilnahme, Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. In: Deutsches Recht. 1934.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Ic. 11. Aufl. 1927.

Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin 1904.

— Zur Systematik der Verbrechenslehre. In Festg. für Frank. Bd. I.

Reichle, Die Teilnahme am Verbrechen nach Reichsstrafgesetzbuch und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen. In Strafr. Abhandl. 66.

Rittler, Strafbarkeitsbedingungen. In Festg. für Frank. Bd. II.

Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.

— Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des Preußischen Justizministers. In DJZ 1933.

— Die Ethisierung des Strafrechts. In: Deutsches Strafrecht. 1934.

— Wendung zum nationalen Strafrecht. Stuttgart 1933.

Schäfer, Die Schuldlehre. In: Das kommende deutsche Strafrecht (Gürtner). Allg. Teil 1934.

Schaffstein, Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. In DJZ 1934.

— Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? In: Deutsches Strafrecht 1935. N. F. 2. Bd. Heft 4.

— Die Bedeutung der Ehrenstrafe im nationalsozialistischen Strafrecht. In: Deutsches Recht. 5. Jahrg. 10 Heft.

Schmidt, E., Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand. In: ZStW 49.

Schmitt, C., Ueber Schuld und Schuldarten. Breslau 1910.

Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Hambg Schriften zur ges. Strafrechtswissenschaft 1927, Heft 10.

Seelig, Grundsätzliches zur Strafbemessung nach dem Entwurf 1925. In: Mon. Schrift. f. Krim.-Psych. Bd. 18.

Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. Hamburg 1934.

Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. München und Leipzig 1928.

Stoos, (Literaturbericht) im Schw.Ztschr. 41.

Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs. Abhandl. d. Krim. Inst. an der Universität Berlin. 4. Folge 1. Heft 1925.

Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Abhandl. d. Krim. Inst. an d. Universität Berlin. N. F. 5. Bd. 3. Heft 1907.

— Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld. In ZStW 32, S. 379 ff.

Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale. In Strafr. Abhandl. Bd. 71.
Thon, Der Normadreſſat, eine Unterſuchung zur allgemeinen Rechtslehre.
— Rechtsnorm und ſubjektives Recht. Weimar 1878.
Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphiloſophie. Bd. II Teil 2: Ueber dolus und culpa. Lund 1896.
v. Weber, Das Notſtandsproblem und ſeine Löſung in den deutſchen Strafgeſetzentwürfen von 1919 bis 1925. Leipzig 1925.
Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.
— Ueber den Geltungsbereich des ſtaatlichen Strafrechts. In Feſtg. für Frank. Bd. I.
— (Literaturbericht). In JW 1931.
— Teilnahme. In: Reform des Strafrechts (Aſchrott-Kohlrauſch) 1926.
Weinberg, Der Verbotsirrtum. Bonn 1928.
Wolf, Erik, Studienreform. In: Die Juſtiz. Bd. IV.
— Strafrechtliche Schuldlehre. Bd. I 1928.
Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbeſtand. In: Strafr. Abhandl. Heft 237.
— Aufbau des Strafrechtsſyſtems. Tübingen 1930.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 1

§ 1. Willensstrafrecht und subjektive Rechtswidrigkeit 3

§ 2. Dogmengeschichtliches zur subjektiven Rechtswidrigkeit 8

§ 3. Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit und die von den subjektiven Unrechtselementen 26

§ 4. Der Dualismus im Rechtsbegriff. Bestimmungs- und Bewertungsnormen 31

§ 5. Verbotswidrigkeit und Rechtswidrigkeit, insbesondere bei den Absichtsdelikten und den abstrakten Gefährdungsdelikten . . . 38

§ 6. Ueber die Ableitbarkeit einer subjektiven Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm 53

a) Bestimmungsnorm und Pflichtnorm in der Schuldlehre . . . 53

b) Bestimmungsnormwidrigkeit als subjektive Rechtswidrigkeit. Die Möglichkeit einer Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit 59

c) Allgemeine und besondere Sorgfaltspflichten 61

d) Die Verletzung der besonderen Sorgfaltspflicht als subjektive Rechtswidrigkeit 62

Anhang: Zur Reform 65

e) Die Möglichkeit einer Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit 65

f) Die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht als subjektive Rechtswidrigkeit 67

§ 7. Strafwürdigkeit und Verbot 70

§ 8. Der Unrechtsgehalt bei subjektiver und objektiver Rechtswidrigkeit 74

§ 9. Subjektive Rechtswidrigkeit und subjektive Unrechtselemente . . 77

§ 10. Die Folgerungen bei Anerkennung einer subjektiven Rechtswidrigkeit 81

a) Unrechts- und Schuldausschließungsgründe 81

b) Die Kollision von Schuld und subjektiver Rechtswidrigkeit (Trennungsfrage) 83

α) Das psychologische System 83

Anhang: Zur Reform 86
β) Das normative System 86
c) Vorsatz und Fahrlässigkeit als delictum sui generis 89
Anhang: Zur Reform 92
d) Subjektive Rechtswidrigkeit und selbständige Pflichtnorm . . 93
e) Die objektiven Merkmale als Bedingung der Strafbarkeit oder als objektives Unrecht 94
Anhang: Zur Reform 97
§ 11. Zusammenfassung 101
§ 12. Die Auswirkungen einer objektiven Rechtswidrigkeit auf dem Gebiete der Notwehr, der Teilnahme, des Sicherungsrechts und für diejenigen Fälle, in denen eine strafbare Handlung Tatbestandsmerkmal einer anderen ist 110
a) Die Notwehr 110
b) Die Teilnahme 111
Anhang: Zur Reform 112
c) Eine strafbare Handlung als Tatbestandsmerkmal einer anderen 113
d) Das Sicherungsrecht 114
Anhang: Zur Reform 115

Einleitung.

„Für den Nationalsozialismus ist das die Welt Bewegende der Wille. Zum Guten wie zum Bösen, zum Rechten, wie zum Unrechten, zum Sozialismus wie zur Anarchie.“ [1])

Die sich hieraus ergebende Forderung nach einem Willensstrafrecht wie es in der Denkschrift des preußischen Justizministers Hanns Kerrl in knappen Umrissen gezeichnet wurde, trifft die Strafrechtswissenschaft, im liberalem Denken groß geworden und zur Blüte gelangt, vollkommen überraschend. Der gänzliche Mangel wissenschaftlicher Vorbereitung ist im Hinblick auf die seit rund fünfzig Jahren bestehende und ständig, gegen die weitaus überwiegende Meinung der Theorie beibehaltene Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Versuchs[2]) nicht einmal ganz verständlich. Er kann nur erklärt werden aus der nicht gerade sehr tief greifenden Begründung, welche das Reichsgericht zur Verteidigung seiner subjektiven Versuchstheorie, die eine Bestrafung auch des untauglichen Versuchs, also die Bestrafung einer bloß pflichtwidrigen, objektiver Rechtswidrigkeit entbehrenden Betätigung erforderlich machte, gegenüber einem wahren Trommelfeuer von seiten der Theorie ständig vorzubringen pflegte. Wenn es nach der Burischen These von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen, welche auch das Reichsgericht seinen Entscheidungen zugrundelegte, der Fall ist, „daß jede Handlung, die nicht wirklich kausal geworden ist, also den Erfolg nicht wirklich herbeigeführt hat, denselben unter den gegebenen konkreten Umständen des einzelnen Falles auch nicht herbeiführen k o n n t e“,[3]) daß hier also auch nicht von einer „Gefahr“ des Erfolgseintritts gesprochen werden kann, so muß man sich wohl damit abfinden, daß „unsere gesamten in die Heimat zurückgekehrten Kriegsteilnehmer in keinerlei Gefahr gewesen“ seien. „Sie meinten dies zwar, und die Heimat meinte es auch.“ [4]) Aber es war ein Irrtum. —

Dieses und ähnliche andere zutreffende Argumente machten ein weiteres Eingehen auf die subjektive Versuchslehre des Reichsgerichts überflüssig. Die Wissenschaft glaubte sich der Sorge enthoben, der durch diese Rechtsprechung ausgelösten Problematik des Unrechtsbegriffs weiter nachzugehen.

Heute ist für die Wissenschaft die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs ein brennendes Problem, vielleicht d a s Problem. Ist es möglich, zwischen die Kategorien Schuld und objektive Rechtswidrigkeit ein Wert-

---

[1]) Freisler, in Das komm. dtsch. Strafrecht, Allg. Teil, S. 13.

[2]) Grundlegend war hierfür das Urteil der vereinigten Strafsenate, E 1, 439 hinsichtlich der Abtreibung mit untauglichen Mitteln.

[3]) RGSt 8, 203.

[4]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II § 30, S. 422.

urteil subjektiver Rechtswidrigkeit einzuschieben, und welchen Inhalt müßte dies haben? Ist es überhaupt notwendig, den Kampf mit dem „Gespenst" einer Schuldrechtswidrigkeits-Konfundierung aufzunehmen? Das sind Fragen, die heute wissenschaftlicher Erörterung dringend bedürfen und für deren Beantwortung eine Vorarbeit zu leisten diese Arbeit bemüht ist, indem sie alles Wichtige zusammenzutragen und zu verarbeiten anstrebt, was bisher wissenschaftlicher Erfassung auf dem Gebiete der sogenannten subjektiven Rechtswidrigkeit zugänglich gemacht wurde.[5])

[5]) Das neue Strafrecht „will und darf nicht alles über Bord werfen, was war — und nur weil es war. Ein solches Strafrecht wird . . . die Erfahrungen, die . . . die Wissenschaft in Jahrzehnten gesammelt hat, nicht achtlos unverwertet lassen". Freisler, a. a. O., S. 9.

§ 1. Willensstrafrecht und subjektive Rechtswidrigkeit.

Drei Grundpfeiler sind es, die, in den innersten Tiefen deutschen Volksbewußtseins verankert, zum noch ständig im Bau befindlichen Gewölbe eines Willensstrafrechts[1]) emporstreben. Zum ersten der Gedanke, daß das nationalsozialistische Strafrecht eine scharfe Waffe im Kampf gegen antisozialistische Kräfte, die Feinde der Rechts- und Friedensordnung des deutschen Volkes, sein muß. Der Bruch erfolgt hier aber nicht erst durch die Schädigung, die Herbeiführung eines schädlichen Erfolges, dessen Eintritt ja nie ausschließlich in der Hand des Rechtsbrechers liegt, sondern schon durch den Entschluß dazu, den verbrecherischen Willen, der dann unbedingt in die Sphäre strafrechtlichen Interesses gerückt werden muß, wenn er sich unzweideutig betätigt hat. Gegenüber dem geltenden Recht wird also, vorwiegend aus kriminalpolitischen Rücksichten, die Kampfzone in Feindesland vorgeschoben.[2]) Der zweite Grundpfeiler ist der Gedanke der Sühne. Nach einem geläuterten Rechtsempfinden folgt die Sühne nicht auf das Ereignis angerichteten Unheils und nicht nach dessen Maß, sondern ist die Reaktion auf Schuld. Der Ruf nach Sühne aber „ist für uns Deutsche so alt, wie unser Volk alt ist. Aber er ist deshalb nicht ein atavistisches Ueberbleibsel, sondern er ist eine lebendige Kraft; denn er wird auch in Zukunft solange ertönen, solange es ein deutsches Volk gibt."[3]) Den dritten Grundpfeiler endlich bildet die Erkenntnis, daß die Rechtsordnung sich nicht neben, sondern innerhalb der Sittenordnung entwickelt,[4]) wodurch zwar nicht eine völlige Uebereinstimmung beider erreicht werden kann und soll — bleiben doch die Postulate des Sittengesetzes ihrer Natur nach gegenüber menschlichem Streben in unerreichbarer leuchtender Ferne — auch das Strafgesetz nie zum negativen Spiegelbild der in einem Volke herrschenden Sittenordnung zu werden geeignet ist.[5]) Aber das Strafgesetz darf die sittlichen Forderungen nicht durchkreuzen, sondern muß dem gesunden Teil des Volkes in seinem sittlichen Empfinden eine

---

[1]) Zur Grundlegung des Willensstrafrechts verweise ich auf Freiler, Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung, in Das komm. dtsch. Strafrecht, Allg. Teil, S. 9 ff. und Freisler, Dtsch. Strafrecht, 1934, S. 1 ff.

[2]) Vgl. dazu vor allem Freisler, Willensstrafrecht, S. 12.

[3]) Freisler, a. a. O., S. 14 u. Deutsch. Strafr. 1934 S. 4. Dagegen bisher: „Die Begriffe Schuld und Sühne mögen in den Schöpfungen unserer Dichter weiterleben wie bisher, strenger Kritik der geläuterten wissenschaftlichen Erkenntnis vermögen sie nicht standzuhalten. Damit tritt auch der Begriff der Strafe zurück hinter der heilenden Besserung und der sichernden Verwahrung." v. Liszt, Strafr. Aufsätze u. Vortr. Berlin 1908, S. 229.

[4]) „Am Rechte hat daher eben die Sittlichkeit in der Potenz des Gesetzes ihre angemessene Erscheinung." Köstlin, Neue Revision, S. 643.

[5]) Vgl. dazu Sauer, in Dtsch. Strafr. 1934, S. 177—182, 188.

dauernde Stütze bieten, seine Anwendung muß eine ständig arbeitende „Selbstreinigungsapparatur“[6]) für diejenigen darstellen, die sich leicht und oft einer Versuchung ausgesetzt sehen; damit reinigt sie letzten Endes aber den ganzen Volksorganismus.

Nachdem aber alle diese Gedankengänge auf den verbrecherischen Willen als Anknüpfungspunkt nicht nur für die Frage des „Wann“ der Bestrafung, sondern vor allem für die Frage des „Wie“ der Bestrafung hinweisen, kann das kommende Strafrecht dem Pflichtbegriff nicht dieselbe Stellung einräumen, den dieser Begriff im System unseres noch geltenden Strafrechts besessen hat. Dem Pflichtbegriff kam bekanntlich ausschließliche Bedeutung zu im Zusammenhang mit der Schuldseite eines verbrecherischen Verhaltens. Die Schuldseite aber konnte erst geprüft werden, nachdem — neben der Tatbestandsmäßigkeit — die Rechtswidrigkeit der Handlung festgestellt war; damit war aber das Schulderfordernis lediglich ein Haftungsregulativ,[7]) der verbrecherische Wille nicht Hauptgrund der Strafe,[8]) und diese nicht echte und gerechte Vergeltung für Schuld,[9]) sondern ihre Verhängung eine wehleidige Szene in der „großen Tragödie“, die sich aus der Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums entwickelt, ohne daß man davon absehen könnte, sie „bis zum bitteren Ende“ durchzuspielen. Demgemäß wurde der Verbrecher „weniger als Verletzer der Ordnung der Gemeinschaft strenge behandelt, sondern als bedauernswertes Opfer seiner Umgebung, der Zeitströmung und seiner krankhaften Veranlagung möglichst milde bestraft,“ und deshalb auch im Strafvollzug „vielfach in seiner Lebenshaltung besser gestellt als der ehrlich schaffende Mensch, dem die Ungunst der wirtschaftlichen und staatlichen Verhältnisse zum Teil das Existenzminimum versagten.“[10]) Die schuldhafte Betätigung wird nicht gebrandmarkt als sichtbare Keimzelle einer mehr oder weniger intensiven Schädigung der Volksgemeinschaft, als bereits gegenwärtige Gefahr, sondern als ein „einmaliges, höchstpersönliches Schicksal, dem man durch spezialpräventiven, humanitären, sozialpädagogischen Erziehungsstrafvollzug beizukommen hat.“[11]) Das Erfordernis objektiver Rechtswidrigkeit, d. h. des Strafwürdigkeits- und Unwertelements, welches im Erfolg der Betätigung im Sinne der Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsguts liegt, entspringt eben dem liberalen Gedanken, daß die Rechtsordnung nur das äußere Zusammenleben der „Gesellschaft“ regele, daß ihr lediglich die Funktion zukomme, die Rechtsgüter des Individuums vor Gefährdung und Verletzung

---

[6]) Freisler, Willensstrafrecht, S. 11.

[7]) Vgl. Ebert, in Deutsche Justiz 1934, S. 480 u. Berges, Dtsch. Strafr. 1934, S. 240.

[8]) „Nunmehr hat aber das Verbrechen die Bestimmung erhalten, Produkt der Subjektivität, schuldvolle Handlung zu seyn. Es entsteht dadurch nun auch die gegen die frühere umgekehrte Forderung (gedacht ist an Erfolgshaftung), . . . daß das Verbrechen als solches Produkt der Subjektivität wieder aufgehoben werde.“ „Die Wiedervergeltung hebt das Dasein des verbrecherischen Willens auf.“ Köstlin, a. a. O., S. 626, 627.

[9]) Vgl. Berges, a. a. O., S. 241 Anm. 2.

[10]) Frank, in Dtsch. Recht, S. 49.

[11]) Berges, a. a. O.

zu schützen.[12]) Rechtsgüter, die gedacht sind als eine Reihe individueller Rechte des einzelnen, in deren uneingeschränktem Genuß ihn auch der Staat nicht stören darf. Die Rechtserheblichkeit eines Tatbestandes beginnt daher erst mit der Beeinträchtigung dieser Freiheitssphäre, eben durch eine objektiv „rechtswidrige" Handlung.[13]) Der Handlungsbegriff selbst war vollkommen inhaltsleer;[14]) er enthielt nichts über die Quelle des Impulses und dessen besondere Beschaffenheit und interessierte nur im Hinblick auf die Frage der Handlungswirkung.[15]) Die heutige Betrachtungsweise dagegen schenkt diesem Impuls und seiner Beschaffenheit ihre ganze Aufmerksamkeit und zwar in erster Linie, während den Auswirkungen mehr indizierende Funktion, strafrechtliche Bedeutsamkeit in ihrer Eigenschaft als Symptom für die Intensität des verbrecherischen Willens zukommt. Ein Bedeutungswandel der objektiven Rechtswidrigkeit hat sich aber auch schon deshalb vollzogen, weil sozialistische Betrachtungsweise das Individuum nicht aus sich selbst versteht, sondern nur in seiner Organstellung innerhalb der Volksgemeinschaft. Der einzelne kann nicht mehr „unter dem Gesichtspunkt eines Rechts oder eines Bündels von Rechten, die ihm unter der Gesamtheit zustehen, betrachtet werden."[16]) Jedes Recht ist vielmehr zugleich Pflicht, Aufgabe, Amt, Vermächtnis. Der einzelne kann demnach gar keine Belange haben, die nicht wenigstens entfernt mittelbar Belange des Volksganzen sind.[17]) Angriffsobjekt für verbrecherische Betätigung ist nicht nur ein „Hinz und Kunz" zustehendes[18]) Rechtsgut, sondern die alle Rechtsgüter umfassende Rechts- und Friedensordnung, das Leben des deutschen Volkes, die Volksgemeinschaft. Angreifer aber ist der gemeinschaftswidrige Wille.

Das sind, in kurzen Umrissen gezeichnet, die Voraussetzungen für die Forderung nach einem Willensstrafrecht. Das kommende Strafrecht soll aber auch ein Gefährdungsstrafrecht[19]) sein. In welchem Sinne der Begriff „Gefährdung" hier seinen Einzug halten soll, kann nicht zweifelhaft sein. „Die Entscheidung der Frage wird letzten Endes davon abhängig sein, ob der Schwerpunkt des künftigen nationalsozialistischen Strafrechts in dem Schutze der einzelnen Rechtsgüter oder in dem Schutze

---

[12]) Klassisch Feuerbach, Lehrbuch d. gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Gießen 1832, 11. Ausg. § 8a S. 13: „Die Vereinigung des Willens und der Kräfte Einzelner zur Garantie der wechselseitigen Freyheit Aller begründet die bürgerliche Gesellschaft. Eine durch Unterwerfung unter einen gemeinschaftlichen Willen und durch Verfassung organisierte bürgerliche Gesellschaft ist ein Staat. Sein Zweck ist die Errichtung des rechtlichen Zustandes, d. h. das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechts." Und § 21: „Wer die Grenzen der rechtlichen Freyheit überschreitet, begeht eine Rechtsverletzung, Beleidigung (Läsion). Wer die durch den Staatsvertrag verbürgte, durch Strafgesetze gesicherte Freyheit verletzt, begeht ein Verbrechen."

[13]) Dazu Gemmingen, Die Erfassung, S. 111.

[14]) typisch etwa Radbruch, Der Handlungsbegriff S. 115 u. 130, 131.

[15]) Vgl. Berges, a. a. O., S. 240 ff. und Sauer, a. a. O., S. 185; Nagler, Dtsch. Recht 1934, S. 52—55 und Frank, a. a. O., S. 49.

[16]) Freisler, Vermächtnis und Aufgabe, S. 3.

[17]) Vgl. dazu Nemling, Dtsch. Recht 1934, S. 101 ff.

[18]) Thon, Rechtsnorm, S. 110.

[19]) Denkschr. S. 123.

der alle Rechtsgüter umfassenden Friedensordnung liegen wird;“[20]) würde er im Schutze der einzelnen Rechtsgüter liegen, wäre es allerdings richtig, daß mit Willens- und Gefährdungsbestrafung „zwei grundverschiedene, ja gegensätzliche Prinzipien berührt werden: der Gedanke der objektiv orientierten Gefährlichkeitstheorie und der Gedanke der subjektiven Willenstheorie,“[21]) die sich ja auch in der Versuchslehre als gegensätzliche Prinzipien gegenüberstehen. Dem ist aber nicht so. Gefährdungs- und Willensstrafrecht bedeuten ein und dasselbe, „nur unter verschiedenen Gesichtswinkeln betrachtet.“[22]) Das Strafrecht will den verbrecherischen Willen erfassen und zwar dann, wenn er gefährlich ist, d. h. wenn er sich unzweideutig betätigt hat.[23]) Es kommt also auf die Gefährdung der Friedensordnung an, welche dann als gegeben erachtet werden muß, wenn „der Wille des Täters sich schon so gefährlich betätigt hat, daß, ohne neuen Vorsatz, in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Anschluß die Tat ausgeführt werden sollte,“[24]) m. a. W. Gefährdung im Sinne einer unmittelbaren Gefahr wird für das künftige Recht in der Weise grundlegende Bedeutung erlangen, daß ihr Vorliegen nach Maßgabe psychologischer Erfahrung dann bejaht wird, wenn zu befürchten ist, daß der Täter zur eigentlichen Tathandlung übergeht, sich unmittelbar der Verletzung des Rechtsguts widmen wird. Damit ist gleichzeitig die grundsätzlich mit Strafe bedrohte Verbrechensform des „Unternehmens“[25]) bestimmt und von der sogen. Vorbereitungshandlung abgegrenzt.[26]) Dieses Kriterium hat aber mit der objektiven Gefährlichkeit der Handlung nichts mehr zu tun, welche ja nur im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts nach Maßgabe unseres Erfahrungswissens auf dem Gebiete des Naturkausalismus entschieden werden kann. Zur Anerkennung des Erfordernisses objektiver Gefährlichkeit der Tat nötigte nicht so sehr die Versuchsregelung im noch geltenden Recht, die es auf „den Anfang der Ausführung“ abstellte, sondern vor allem die Erwägung, daß „bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äußeren Recht widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann (äußerlich) rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefährdet. Die rechtswidrige Absicht allein giebt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit.“[27]) Der neue Unternehmensbegriff liegt vielmehr in derselben Linie, in der sich die Versuchslehre des Reichsgerichts bewegt,[28]) seitdem sie sich von dem inhaltsarmen, in Fällen symptomatischer Vieldeutigkeit des objektiv Gegebenen gänzlich

---

[20]) Klee, in DJZ 1934, S. 34.

[21]) Mezger, in DJZ 1934, S. 97, 98.
Ebenso v. Gemmingen in JW 1933, S. 2371; Lobe, in DJZ 1934, S. 248.

[22]) Klee, Dtsch. Strafrecht 1934, S. 113.

[23]) so auch Sauer, a. a. O., S. 185; Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 113, 114 u. 121; Berges, daselbst, S. 239 u. Ebert, a. a. O., S. 480/82.

[24]) Klee, a. a. O., S. 118.

[25]) Klee, a. a. O., S. 193 ff. u. 287 ff.

[26]) Klee, a. a. O., S. 287 ff.

[27]) Feuerbach, a. a. O., § 42 N. c; Vgl. auch die hartnäckigen Erwiderungen auf den A. E. 1925 § 23 von Kohlrausch in Reform des Strafrechts (Aschrott-Kohlrausch) 1926, S. 27—29, die den Rechtsstaatsgedanken so scharf betonen. Dazu neuerdings Klee, DJZ 1934, S. 38.

[28]) Vgl. Klee, a. a. O., S. 287 und 291.

unzureichenden Kriterium des „Anfangs der Ausführung“ löste, um es darauf abzustellen, ob nach psychologischer Wahrscheinlichkeit bei Kenntnis der Absicht (!) eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut besteht. Nun ließen sich allerdings auch beide Kriterien für einen Versuchsbegriff kombinieren, so daß an dem Erfordernis objektiver Rechtswidrigkeit festgehalten würde.[29]) Nach dem über das Willensstrafrecht Ausgeführten kann es aber gar nicht in Zweifel gezogen werden, daß das kommende Recht dem nicht Geltung verschaffen wird. Die Anerkennung der subjektiven Theorie ergibt sich für einen nationalsozialistischen Strafgesetzgeber von selbst.[30]) Eine Verletzung der Rechts- und Friedensordnung ist eben nicht davon abhängig, ob dem konkreten Rechtsgut eine objektive Gefahr drohte. „Unzweifelhaft wird die Volksgemeinschaft durch den Schuß des Wilderers, der dem Förster gegolten hat, in Furcht und Schrecken gesetzt, die Friedensordnung gestört, ob nun der Förster dem Schuß dadurch entgangen ist, daß er sich gerade in einem anderen Zimmer befand, oder — dadurch, daß er soeben einem heftigen Krankheitsanfall erlegen war.“[31]) Deshalb wird die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs[32]) mit am stärksten den Geist zum Ausdruck bringen, aus welchem das neue Recht geboren wurde und aus dem es verstanden werden will. Damit hat in das kommende Strafrecht die subjektive Rechtswidrigkeit Eingang gefunden, deren Bedeutung und Ausgestaltung es zu untersuchen gilt; das noch geltende Recht soll dabei unser Ausgangspunkt sein.

Lassen wir einige dogmengeschichtliche Betrachtungen vorangehen.

---

[29]) In diesem Sinne Lobe, DJZ 1934, S. 248.

[30]) Klee, DJZ 1934, S. 38. Ueber die Straflosiassung des lächerlichen Versuchs Klee, daselbst, S. 36 und v. Gemmingen, Die Erfassung, S. 109 ff.

[31]) Klee, DJZ 1934, S. 38.

[32]) Vgl. Freisler, Willensstrafrecht, S. 33/34. Klee, DJZ 1934, S. 34 ff.

§ 2. Dogmengeschichtliches zur subjektiven Rechtswidrigkeit.

Die Antithese objektiv-subjektiv ist in der Frage der Rechtswidrigkeit in zweierlei Weise aufgerollt worden.[1]) Zunächst ist behauptet worden, das Widrig beziehe sich nur auf subjektive Rechte. Diese Ansicht, welche z. B. von Binding,[2]) Loening[3]) und Dernburg,[4]) ebenso auch von Hälschner[5]) vertreten worden ist, — sie erfreut sich namentlich seit Feuerbach[6]) allgemeiner Anerkennung — kann nicht als richtig erachtet werden und ist daher allgemein aufgegeben.[7]) Rechtswidrig ist vielmehr als nur das, was sich gegen subjektives Recht, d. h. gegen „die Macht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist", richtet, und die „ihrem Zweck nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen" dar-

---

[1]) Wegner, Krim. Unrecht, S. 42.

[2]) Vgl. unten S. 10 u. 15 ff.

[3]) Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, Jena 1907, S. 22 ff. mit dem Hinweis auf die Priorität des subjektiven Rechts. Ebenso Dernburg, vgl. Anm. 4.

[4]) Pandekten, Bd. I 6. Aufl. § 39 S. 85; auch Anm. 3.

[5]) GS 28 (1876) S. 401 ff. und System d. preuß. Strafrechts, I, 1881, § 12, S. 26.

[6]) Er hat als derjenige zu gelten, der die Verbindung vom liberalen Rechtsstaatsgedanken zum Strafrecht am gründlichsten hergestellt hat. Vgl. dazu Dannenberg, Liberalismus, S. 12 ff.

[7]) Vgl. dazu Heinitz, Mat. Rechtswidrigkeit, S. 4. Hier tritt die naturrechtlich-aufklärerische Rechtsauffassung am krassesten in Erscheinung. Das Recht übt lediglich die Funktion, die individuellen Freiheitssphären, die in den subjektiven Rechten der Einzelperson und der „Staatspersönlichkeit" ihre Existenz haben, untereinander und dem Staat gegenüber abzugrenzen. (Vgl. Dannenberg, a. a. O., S. 1—5). Ueber die Abgrenzung selbst haben die Untertanen mit dem Oberhaupt einen Staatsvertrag, einen „Kontrakt" abgeschlossen, der beide Parteien bindend verpflichtet, (Vgl. Dannenberg, a. a. O., S. 4) auf dem sogar rücksichtlich erteilter Zustimmung die „Pflicht" des Verbrechers beruht, den Strafvollzug zu „dulden". Das Vertragsprinzip ist denn auch die Grundlage des ganzen Feuerbachschen Strafrechtssystems. Das Wesen des Verbrechens ist nichts anderes, als der Eingriff in jene Freiheit, die Verletzung subjektiver Rechte. Die Feuerbachsche Läsionstheorie hatte wohl ihre Gegner, aber sie blieben ungehört. Schon Köstlin wendet sich gegen die Auffassung, der Staat sei eine „Zwangsjacke subjektiver Freiheit, wogegen, als ein nothwendiges Uebel, diese sich möglichst in sich selbst zurückzuziehen und in ein hohles moralisches Pathos hineinzuarbeiten hätte. Im Gegenteil ist der Staat, als Rechtsorganismus, eben nicht bloß ein mechanisches Gleichgewichtssystem wechselseitiger Freiheitsbeschränkungen, sondern er ist selbst ein sittlicher Organismus, der endlich seine beste Nahrung gleichfalls nur aus der Gesinnung seiner Mitglieder zieht." (Köstlin, a. a. O., S. 644.) Für Köstlin ist daher das spezifische Unrecht des Verbrechens nicht Verletzung subjektiver Rechte, sondern „die Verneinung des allgemeinen Willens durch den verletzenden besonderen Willen; und nur diese Verneinung kann hier den Gegenstand der Wieder-

stellt.[8]) Das Unterlassen der Durchführung des gesetzlich gebotenen Impfzwanges z. B. kann rechtswidrig sein, ohne daß hier irgendein subjektives Recht verletzt wird, im vorliegenden Fall also etwa die Befugnis, die Vornahme der Impfung zu verlangen. Die Unrichtigkeit der Ansicht wird schon durch den Hinweis auf § 823, I BGB einerseits und § 823, II, § 826 BGB andererseits offensichtlich.[9]) Richtig wäre die Ansicht nur, wenn Rechtsgut und subjektives Recht ein und dasselbe wären; das aber würde eine unzulässige Erweiterung des Begriffs „subjektives Recht" bedeuten.[10]) Diese Erweiterung nimmt aber Binding z B. gar nicht vor: „Es ist mög-

---

aufhebung bilden" (a. a. O., S. 767). „Der Unterschied liegt in der grundverschiedenen Ansicht von Recht und Staat überhaupt. Nach Ansicht der relativen Theorie ist der Staat ein behufs des Schutzes der subjektiven Rechte produziertes . . . Uebel. Uns ist er die zu einem konkreten Organismus auseinandergebreitete Rechtsidee selbst, daher wir auch in jedem Verbrechen die unendlich negative Existenz gegen den Staat selbst erkennen." (a. a. O., S. 42.)

[8]) Enneccerus, I. Bd. Allg. Teil, S. 197/98.

[9]) Enneccerus, a. a. O.; vgl. auch Liepmann, Einl. S. 6.

[10]) so auch Heinitz, a. a. O., S. 5. Den entscheidenden Schritt vom subjektiven Recht zum Rechtsgutsgedanken unternahm Birnbaum, indem er hervorhob, daß das Erfordernis der Verletzung des Rechts auf Leben, auf Ehre, auf freie Disposition am Körper usw. für die Frage von Versuch und Vollendung leicht zu Mißverständnissen führen könne. „Sieht man z. B. in dem Verbrechen wider das Leben als das Charakteristische die Verletzung des Rechts auf Leben, so muß man consequent schon in dem Tödtungsversuche ein vollendetes Verbrechen sehen." (Ueber das Erforderniß, S. 183) „Die Lebensverletzung aber ist durch den Tödtungsversuch nicht vollendet, das Gut des Lebens ist . . . weder entzogen noch vermindert, sondern nur gefährdet worden." (a. a. O.) Diese Auffassung trage auch dem allgemeinen Sprachgebrauch Rechnung. — Hierdurch offenbart sich sehr klar, „daß die Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung ihrem inneren Gehalt nach nichts weiter darstellt als eine Abwandlung der naturrechtlich-aufklärerischen Auffassung des Verbrechens als Verletzung irgendeines subjektiven Rechts". (Schaffstein, Das Verbrechen, S. 98.) Der Rechtsgutsbegriff selbst ist bis zum Umbruch der Ausgangspunkt für die Systematik des Besonderen Teils gewesen, dessen Tatbestände sich im wesentlichen durch die Verschiedenheit der angegriffenen Rechtsgüter auszeichnen. (Vgl. dazu Schaffstein, a. a. O., S. 103.) In neuerer Zeit hat der Rechtsgutsgedanke namentlich durch die Arbeiten von Schwinge, Mezger u. Honig eine vergeistigte Ausgestaltung gefunden, indem der Rechtsgutsbegriff lediglich in den Dienst der Auslegung gestellt wird. Der Sinn und Zweck eines Straftatbestandes wird in der Weise zu erfassen gesucht, daß man das jeweils verletzte Rechtsgut festzustellen sich bemüht, so daß hierdurch der jeweilige Zweck in einfachster kürzester Form zum Ausdruck gelangt. Damit „erblaßte der Rechtsgutsbegriff zu einer bloßen Denkfigur im Dienste teleologischer Auslegungsversuche; . . . nur scheinbar ist mit der Definition des strafbaren Unrechts als Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ein materiales Element eingeführt. In Wahrheit ist dadurch nur angedeutet, daß die Unrechtserklärung durch den Gesetzgeber als zweckhaft verstanden werden will". (Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 34.) Es ist aber nicht zu übersehen, daß jene Verwendung des Rechtsgutsbegriffs — es handelt sich ja hauptsächlich um die Erfassung der objektiven Tatseite — ihrem weltanschaulichen Gehalt nach der Aufklärungsideologie nicht minder nahesteht. „Denn darin, daß jener spezifische Sinn u. Zweck der einzelnen Strafrechtssätze gerade in den Begriff „Rechtsgut" komprimiert wird, ist andererseits doch wieder eine inhaltliche Bestimmung jenes Zwecks enthalten." (Schaffstein, a. a. O., S. 101.)

lich, daß das Gut verletzt oder gar vernichtet wird, woran jemand ein dingliches, woran er ein Forderungsrecht hat: aber es wäre mehr als widersinnig, jemanden mit einem Rechte zu bekleiden (gemeint sind subjektive Rechte in technischer Bezeichnung), welches die Segel striche, sobald die Willkür dagegen aufsteht."[11]) Der Unterschied wird hier an der Möglichkeit und für den Fall einer Verletzung gezeigt. Mit dem Hinweis auf das bürgerliche Recht kann man indes Binding in keiner Weise treffen, wenn man dessen Rechtswidrigkeitslehre für das Strafrecht bekämpft; denn seine Behauptung, es wende sich die Rechtsverletzung gegen das subjektive Recht, und die Arten der subjektiven Rechte entsprächen den Arten und Tatbeständen des Unrechts, führt gerade zu einer Unterscheidung von bürgerlichem und öffentlichem Unrecht.[12]) Das aber weist uns auf das Problem der Antithese subjektiv-objektiv für die Rechtswidrigkeit hin, die auf der Behauptung beruht, das Unrecht sei Ungehorsam, Pflichtverletzung, und nicht lediglich objektiv der Unterschied zwischen Gesolltem und Bewirktem, nicht lediglich die Verletzung rechtlich geschützter Interessen.

Die dogmengeschichtlichen Betrachtungen mögen hier etwas ausführlicher sein, nicht nur, um Fragestellungen — auch im Hinblick auf das noch geltende Recht — weitgehendst anzubahnen, sondern auch mit Rücksicht auf das neuerliche Bestreben, das von den Subjektivisten, insbesondere den Imperativentheoretikern herrührende Gedankengut für das kommende Strafrecht nutzbar zu machen.[13])

Die Erörterung über die subjektive Rechtswidrigkeit darf hier aber nicht mit Binding eingeleitet werden. Vielmehr hat schon Hegel[14]) die Frage aufgeworfen, ob man allgemein irgendetwas über das kriminelle Unrecht aussagen könne, was für Unrecht mit anderen als Straffolgen nicht gelte. Das Ergebnis,[15]) zu dem er kommt, nämlich, das Strafrecht kenne nur bewußte, gewollte Auflehnung gegen den in der Rechtsordnung zum Ausdruck gebrachten Gesamtwillen, das bürgerliche, „unbefangene" Unrecht sei dagegen ein unbewußtes, trägt indes dem positiven Recht gegenüber nicht genügend Rechnung. Die Hegelsche These[16]) kann weder die fahrlässigen Handlungen, noch die unendlich vielen vom Willen der Rechtsverletzung begleiteten Handlungen erfassen, die das bürgerliche Recht für rechtswidrig hält. Dem unrichtigen Ergebnis liegt aber sicher der richtige Gedanke zugrunde, daß dem kriminellen Unrecht im Gegensatz zum bürgerlichen die bewußte Willensauflehnung wesentlich sei, daß das Unwerturteil des bürgerlichen Rechts den beteiligten Willen nicht notwendig belaste, daß dagegen das Urteil des Strafrechts über die Handlung gerade w e g e n der Willensrichtung des Täters ein Unwerturteil wird.[17])

---

[11]) Binding, Normen I, S. 297.

[12]) Binding, Normen I, S. 298 und 301.

[13]) so schon früher Wegner, JW 1931, S. 2776; neuerdings Sauer, Wendung, S. 20; Nagler, in GS 1933, S. 28 u. Gerland, in DJZ 1933, S. 860; vgl. auch Lobe, in LZ 1916, S. 645.

[14]) Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgeg. von Gans. 1821.

[15]) a. a. O., § 84 S. 82 und Zusatz zu diesem, S. 307.

[16]) Ihre allgemeine Anerkennung geriet erst an der „Theorie der inneren Verwandtschaft" (Merkel) ins Wanken.

[17]) Das betont Liepmann, Einl. S. 5.

Wie oben ausgeführt, kreisen die Hegelschen Gedanken also um zwei Sätze:

1. Es gibt mehrere Arten des Unrechts und
2. es gibt ein subjektives Unrecht.

Diese Sätze bedingen sich keineswegs bei allen Schriftstellern, die das Problem subjektiver Rechtswidrigkeit aufgeworfen haben. Ohne „jene primitive Trennung von bürgerlichem und kriminellem Unrecht, die seit Hegel üblich war",[18]) hat Merkel[19]) einer subjektiven Rechtswidrigkeit das Wort geredet. Wenn auch er das bürgerliche dem strafbaren Unrecht gegenüberstellt, sei „dabei nicht an eine Eintheilung der rechtswidrigen Handlungen zu denken — denn viele Rechtsverletzungen ... qualifizieren sich zugleich als bürgerliches und als strafbares Unrecht —, sondern zunächst an eine Unterscheidung der Rechtsfolgen des Unrechts, oder, was auf dasselbe hinausläuft, an verschiedene Seiten der rechtlichen Verantwortlichkeit . . .".[20]) Dieser Ausgangspunkt beruht auf der Feststellung, daß sich weder im subjektiven — dies im Gegensatz zu Hegel — noch im objektiven Tatbestande — dies gegen Hälschner,[21]) der den Unterschied von kriminellem und bürgerlichem Unrecht in der Verschiedenartigkeit der Objekte der Rechtsverletzung sieht,[22]) nämlich einmal im Angriff auf subjektive Vermögensrechte, das andere Mal in der Verletzung des objektiven Rechts — ein Element nachweisen läßt, welches dem bürgerlichen Unrecht fehle, aber dem kriminellen eigen sei. Es könne „daher hier auch nicht von verschiedenen Grundformen des Unrechts gesprochen werden".[23]) Von der selbstverständlichen Prämisse ausgehend, das als gleichartig erkannte Unrecht sei die Negation eines dann notwendig gleichartigen Rechts, bezeichnet Merkel das Recht als einen Inbegriff von Geboten und Verboten,[24]) die sich an den Willen zurechnungsfähiger Menschen wenden. Es könne daher von Unrecht nur in bezug auf diesen Willen gesprochen werden. Recht sind also bei Merkel stets Anforderungen, die sich an ein Pflichtsubjekt wenden. „Pflichten aber bestehen überall nur für den zurechnungsfähigen Menschen und bemessen sich nach dem Umfang seiner Fähigkeiten."[25]) Was nicht auf den „intelligibeln Willen" der Menschen zurückgeführt werden könne, sei Zufall, „einer Summe natürlicher Kräfte" entsprungen. Deshalb könne ein Naturereignis ebensowenig Subjekt des Unrechts sein, wie ein Mensch, wenn das Widrige nicht auf dessen Willen bezogen werden kann, etwa wegen Nichtvoraussehbarkeit des Erfolges. Merkel macht demnach der Behauptung gegenüber, rechtswidrig könnten nur menschliche Handlungen sein,[26]) eine weitere Einschränkung. Interessant und wichtig erscheint mir an der Ansicht Merkels

---

[18]) Wegner, a. a. O., S. 40 Anm. 1.

[19]) Krim. Abhandl. Bd. I: Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, 1867.

[20]) Merkel, a. a. O., S. 1.

[21]) System, I, § 1.

[22]) Vgl. über ihn eingehend Merkel, a. a. O., S. 10/11.

[23]) Merkel, a. a. O., S. 40.

[24]) Merkel, a. a. O., S. 43.

[25]) Merkel, a. a. O., S. 44.

[26]) Vgl. unten S. 13 ff.

vor allem, daß er das Recht als eine geistige Macht[27]) stets für eine Pflicht hält, vom Gesetzgeber aus gesehen, für eine Anforderung, nicht dagegen für einen Zustand, innerhalb dessen die Rechtsgüter und Interessen in der vom Recht geforderten Weise existieren und wirken können. Die vielfache Identifizierung von Recht und dem, auf das sich die Rechtsordnung beziehe, also das Substrat rechtlicher Regelung, sei vielmehr die Wurzel aller Irrtümer, die der Förderung der Unrechtslehre hinderlich seien.[28]) Aber nicht nur der Begriff des Rechts sei einheitlich im Straf- und Zivilrecht, sondern auch der der Rechtsfolgen. Beide Mal sei die mit der rechtswidrigen Handlung verbundene Folge der „Inbegriff dessen, wodurch die Erscheinungen, in welchen das Unrecht seine Existenz hat, den Forderungen des Gemeinwillens gemäß wieder aufgehoben werden sollen".[29]) Beide Mal sei der Rechtszwang eine Wiederherstellung dieses Zwiespalts.[30]) Ein Unterschied ergebe sich nur in der Hinsicht, daß die zivilrechtliche Rechtsfolge die äußere Sphäre wieder herstelle, die strafrechtliche aber die innere Sphäre. Dem Strafzwang komme infolgedessen oft nur eine subsidiäre Stellung zu; nämlich immer dann, wenn das mildere Mittel wegen der größeren verbrecherischen Energie nicht ausreiche und deshalb nur den Anfang der Wiedergutmachung bilden könne.[31]) Die durch zivilrechtliche Folgen nicht wiederbringliche Beschädigung enthalte eben einen überschießenden Unrechtsgehalt, der sich als Mißachtung des Rechts darstelle und „eine mehr oder minder intensive Störung des allgemeinen Sicherheitsgefühls"[32]) in sich schließe.

Die Merkelsche Auffassung scheint mir eine große Schwäche zu haben, die, selbst wenn man seinen Ausgangspunkt teilen wollte,[33]) darin besteht, daß er einerseits behauptet, alles Unrecht sei der Widerspruch des Täterwillens gegen den in der Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Gemeinwillen, andererseits das strafbare Unrecht für Mißachtung des Rechts hält, was also insofern mehr sei als das bürgerliche Unrecht, welches sich in der „äußeren Tatsache" erschöpfe. Durch den Hinweis auf die zivilrechtliche Wiedergutmachung der „äußeren Tatsache" kommt Merkel doch wieder auf den Gedanken der Rechtsgutsverletzung zurück, den er für den Unrechtsbegriff ablehnt; während die zivilrechtliche Wiedergutmachung sich auch an unbewußte Auflehnung des Einzelwillens knüpft, folgt strafrechtliche nach seiner Ansicht hingegen nur auf eine bewußte „Mißachtung des Rechts". Dadurch weist die subjektive Seite des kriminellen Unrechts gegenüber der des Zivilunrechts doch wieder Unterschiede auf, die Merkel bereits geleugnet hatte.[34]) Im übrigen steht die Existenz von Gewährungsnormen, die Merkel, wie oben gezeigt, anscheinend ent-

---

[27]) Merkel, a. a. O., S. 46.

[28]) Merkel, a. a. O., S. 45.

[29]) Merkel, a. a. O., S. 57.

[30]) Dagegen Thon, Rechtsnorm, S. 96 ff.

[31]) Merkel, a. a. O., S. 63.

[32]) Merkel, a. a. O., S. 67. Hierin liegt eine Anspielung auf d. Geltungswidrigkeit, die neuerdings von Gemmingen so stark betont wird. Vgl. S. 32 A. 6 u. S. 99.

[33]) In dieser Hinsicht gegen ihn vor allem Thon, Rechtsnorm, S. 72 u. 90 ff.

[34]) Vgl. auch die Kritik bei Liepmann, Einl. S. 9—10.

gangen ist, im Widerspruch zu seiner Behauptung, das Gesetz stelle nur Anforderungen an das Pflichtsubjekt, es kenne nur Befehle. Im ganzen gesehen ist Merkel von einer Unterscheidung kriminellen und zivilen Unrechts, die Hegel vorgenommen hatte, doch keineswegs abgerückt. Er kommt auf dem Umweg über die Rechtsfolgen doch wieder zu einer Verschiedenheit des Unrechtsbegriffs.

Zu den Subjektivisten in der Rechtswidrigkeitslehre wird auch Thon, der Begründer der Imperativentheorie, gezählt; das ist m. E. völlig unzutreffend.

Thon erkennt das Recht als den Willen einer Gemeinschaft, der sich an das Wollen der einzelnen wendet.[35]) Er gibt dem Pflichtsubjekt[36]) den Impuls zu einem bestimmten Verhalten. Infolgedessen wird Thon zu der Annahme genötigt, es gebe nur Gebote und Verbote im Gesetz;[37]) zu gewähren brauche die Rechtsordnung nichts, weil der „Genuß" eines rechtlich geschützten Guts nur dem Rechte indifferente Handlungen erzeugen könne. Aus dem Verbot ergibt sich für ihn bereits, daß das Recht gewährt. Thon übersieht dabei — was hier nicht weiter auszuführen ist — daß das Gesetz auch Berechtigungen kennt, „die mehr als bloße Reflexwirkungen von Verboten sind".[38]) Aber nicht nur die Gebote und Verbote, sondern auch die Rechtsfolgen sind weiter nichts als der Neueintritt oder die Zurücknahme von Imperativen; ein Imperativ ist immer die Folge der Verletzung eines anderen. So bedeute die Strafrechtsfolge nichts als ein Imperativ an die Staatsorgane, die Missetat zu verfolgen.[39]) — Dann aber wendet sich die Thonsche Betrachtung den Rechtsfolgen genauer zu, und hier erfolgt — angeblich[40]) —eine Wendung: die Strafe wolle ein Uebel zufügen, das Zivilrecht wolle vor allem heilen, weshalb die Frage berechtigt sei, ob der Eintritt der Rechtsfolge auch ohne Schuld des Täters erfolgen könne. Die Behauptung Merkels, es gäbe kein Recht, welches sich nicht an den „intelligibeln Willen" wende, ginge achtlos am positiven Recht vorbei. Aus diesem sei zu entnehmen, „daß alle Rechtsfolgen, welche die Rechtsordnung um der Qualifikation der That willen androht, im Falle schuldloser Uebertretung unterbleiben müssen. Werden aber gewisse Rechtsfolgen nicht dem Uebertretenden zu Leide verhängt, sondern um anderer Interessen willen, die auch dem Schuldlosen gegenüber gewahrt werden können, so ist nicht abzusehen, warum die Nichtschuld des Uebertretenden die gar nicht um seiner Schuld willen eintretenden Rechtsfolgen hintan halten soll".[41]) Eine darauf gerichtete Untersuchung ergibt einerseits, daß die Strafe als Uebel dem Schuldlosen gegenüber nicht verhängt werden darf, daß andererseits der Rechtsordnung das Verpflichtetsein

---

[35]) Thon, Rechtsnorm, S. 2.

[36]) Nur ein Mensch kann Pflichtsubjekt sein. Thon, a. a. O., S. 3.

[37]) Thon, a. a. O., S. 288.

[38]) Wegner, Krim. Unrecht, S. 41.

[39]) Thon, a. a. O., S. 8—10.

[40]) Nagler, Heutiger Stand, S. 336; vgl. auch Wegner, a. a. O., S. 41.

[41]) Thon, S. 78, Die Frage der Zweckmäßigkeit, vom nicht eindeutigen Unrechtsbegriff auszugehen, ist damit im negativen Sinn beantwortet. Vgl. S. 76. a. a. O.

Zurechnungsunfähiger durchaus geläufig ist,[42]) weshalb auch er als Normadressat zu kennzeichnen ist.[43]) — Worin man bei der Auffassung Thons Widersprüche oder Inkonsequenzen sehen könnte, ist schlechthin unerfindlich. Zwar hat Thon behauptet, die Imperative wendeten sich an den Willen, um seinem Träger einen Impuls zu rechtmäßigem Handeln zu geben; aber das ist schlechterdings auch niemals zu bestreiten und läßt keineswegs den Schluß auf eine subjektive Unrechtsauffassung zu. Im Gegenteil! Die Thonsche Schrift ist von Anfang bis Ende eine Kampfansage an die Subjektivisten, vor allem Merkel und Binding. Sie enthält[44]) eine in ihrer Folgerichtigkeit geradezu vorbildliche Darstellung des Gedankens, daß die Rechtsordnung ihre Befehle auch denen gegenüber ausspricht, die zu gehorchen nicht in der Lage sind; denn auch ihre Freiheit ist durch Pflichten beschränkt. Auch in einer „Verpflichtung ohne die Spur einer Verschuldung" liegt ein „du sollst" oder „du sollst nicht!"[45]) Demgegenüber kann nur bezweifelt werden, ob der Ausdruck „Imperativ" glücklich war. — In der Hervorhebung, daß strafbar nur gewolltes Unrecht sei,[46]) liegt auch keineswegs ein Hinweis auf die Artverschiedenheit kriminellen und zivilen Unrechts. „Die Grenzen zwischen straflosem und strafbarem Unrecht sind keine festen. Alle Versuche, sie nach gewissen Arten des Unrechts . . . zu bestimmen, sind m. E. bisher völlig gescheitert."[47]) Die Stellungnahme Thons ist auch im „Normadressat" im Sinne der wiedergegebenen Darstellung durchaus eindeutig und klar: „Wer nicht gehorchen will, entzieht sich dem Rufe des Gesetzes. Ebenso aber auch der, der nicht gehorchen kann, weil er infolge geistiger Unreife oder . . . eines anderen Umstandes jeder Einwirkung entrückt ist. Dennoch nimmt das Gesetz solche Personen von seinen Imperativen nicht aus."[48]) Thon[49]) ist also durchaus Objektivist, auch für das Strafrecht; für ihn ist aber das Recht ausschließlich eine Summe von Anforderungen an ein Pflichtsubjekt, wenn auch nicht stets von Anforderungen an den Willen eines solchen.[50])

---

[42]) Thon, a.a.O., S. 92 ff.; daß auch der Irrsinnige verpflichtet sein kann, hatte noch Ihering, obgleich objektiver Unrechtsauffassung, in seinem „Schuldmoment im römischen Privatrecht" 1867 verworfen.

[43]) a.a.O., S. 86 und 89.

[44]) Beginnend S. 2 (!) Anm. 7.

[45]) a.a.O., S. 93.

[46]) Es hat ihn sogar dazu verführt, auch in der Fahrlässigkeit eine gewollte Auflehnung des Willens zu sehen, vgl. a.a.O., S. 78 Anm. 20.

[47]) a.a.O., S. 26.

[48]) Thon, Normadressat, S. 46.

[49]) „Eine gewaltsame (?) Lösung dieses Dualismus (subjektiv-objektiv) wurde unternommen" . . . „von Thon, indem er alles Recht auf Bestimmungsnormen zurückführte, aber auf das psychisch-reale Merkmal des Vernommenseins des Gesetzesbefehls verzichtete, indem er den Begriff der Bestimmungsnorm zur leeren, wirklichkeitsfreien Denkform des Imperativs umgestaltete." v. Gemmingen, Die Rechtswidrigkeit, S. 26.

[50]) Damit unterscheidet er sich seiner ganzen Grundhaltung nach, die durchaus vom Gemeinschaftsgedanken bestimmt wird, (vgl. Thon, Rechtsnorm, S. 108 ff.) von denjenigen Objektivisten, die das kraftvolle: du sollst! mit dem weichlichen und neutralen: es soll! vertauschen und somit Recht und rechtlichen Zustand identifizieren. Die Gleichstellung objektiv-rechtswidriger menschlicher Handlung mit

Zu einer subjektiven Unrechtsauffassung kommt Binding, indem er zwar Arten des Unrechts anerkennt, aber behauptet, daß diese Arten nicht durch kriminelles und ziviles Unrecht gekennzeichnet sind.[51]) Zwar seien deren Rechtsfolgen artverschieden, aber die Verschiedenheit sei nicht aus den Tatbeständen abzuleiten: „An Diebstahl und Betrug allein würde dieser Erklärungsversuch zerschellen."[52]) Insofern weicht er also von Merkel ab. Die Verschiedenheit beruht seiner Ansicht nach vielmehr darauf, daß durch das Unrecht das Gesetz selbst niemals verletzt würde, sondern stets nur im Medium der subjektiven Rechte getroffen werde. „Jede Gesetzwidrigkeit muß deshalb unmittelbar Rechtswidrigkeit, sogenannte Verletzung subjektiver Rechte, auf seiten des Verletzers Mißachtung subjektiver Pflichten sein."[53]) Nur in diesem Punkte, im Angriffsobjekt, sei alles Recht identisch; ist alles Unrecht aber Verletzung subjektiver Rechte, so gibt es — meint Binding — keinen einheitlichen Tatbestand desselben, sondern so viele Unrechtsarten, als Arten subjektiver Rechte. Zwei Arten derselben seien aber voneinander zu unterscheiden, die Privatrechte und die öffentlichen Rechte, und für eines der wichtigsten subjektiven öffentlichen Rechte hält Binding das Recht des Staats auf Botmäßigkeit, ein Recht „auf eine höchstpersönliche Gehorsamsleistung handlungsfähiger Menschen", das „also nur durch schuldhafte, sei es vorsätzliche, sei es fahrlässige Auflehnungshandlung gegen jenes Recht"[54]) verletzt werden kann. Hierdurch ist aber nicht nur das Strafrecht, sondern auch das Deliktsrecht des bürgerlichen Rechts gekennzeichnet.[55]) Binding sieht das unverschuldete Unrecht im Hinblick auf die Deliktslehre als bedeutungslos an, doch sei für andere Rechtsgebiete „der Zufall . . . durchaus nicht . . . sein untauglicher Urheber".[56]) Für Binding ist also entscheidend der Umfang und der Inhalt des jeweils durch das Unrecht verletzten subjektiven Rechts, so daß ziviles und kriminelles Delikt nur insofern Unterschiede aufweisen, als dort die subjektiven Privatrechte anderer, hier — beide Mal aber als Ausfluß des staatlichen Rechts auf Botmäßigkeit — die Normen des Strafrechts respektiert werden sollen.[57])

---

dem Naturereignis, welches einen rechtswidrigen Zustand hervorbrachte, verwischt doch allzu leicht den Unterschied, der hervortritt je nachdem, ob hinter dem „Ereignis" ein mit allen Machtmitteln ausgerüsteter Gemeinschaftswille steht oder nicht. In diesem Unterschied liegt der berechtigte Kern einer Gegenüberstellung des Rechts als Bestimmungsnorm und des Rechts als Bewertungsnorm. Die Gegenüberstellung vermag aber nicht subjektivistische u. objektivistische Unrechtslehre zu kennzeichnen.

[51]) Binding, Normen I, S. 270 u. 284 ff.

[52]) Binding, a. a. O., S. 271.

[53]) Binding, a. a. O., S. 293. Die Frage: bewußte Pflichtverletzung oder unbewußte ist auch hier noch nicht entschieden.

[54]) Binding, a. a. O., S. 299.

[55]) Vgl. Binding, a. a. O., S. 308 ff.

[56]) Binding, a. a. O., S. 301.

[57]) Binding, a. a. O., S. 305. Die Beschränkung der Botmäßigkeitspflicht auf deliktische Tatbestände erscheint durchaus formalistisch. Eine geringfügige Beleidigung soll unbotmäßig sein, nicht aber die Pflichtvergessenheit eines Leichtsinnigen, der seine Familie ins Verderben stürzt. Warum sollen auch außerdeliktische Tatbestände, die schadensersatzpflichtig machen, keine Unbotmäßigkeit darstellen?

Damit hat sich Binding zu einer Auffassung bekannt, die das Unrecht als Widerspruch zu rechtlichen Anforderungen, Pflichten, erkennt, deren Inhalt sich aus dem jeweils verletzten subjektiven Recht ergibt; dieser Satz soll für die späteren Ausführungen angemerkt werden.

Auf einen Einwand, der die Bindingsche Lehre getroffen hat, sei schon hier eingegangen: „Die verschiedene Abstufung von Strafmaß und Strafhöhe, die wir überall in den Gesetzbüchern vorfinden, kann nur erklärt werden durch den verschiedenen Wert der durch das Delikt verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, sowie durch eine qualitativ und quantitativ verschieden gestaltete Schwere dieser Angriffe. Wäre das Delikt seinem Wesen nach stets eine Verletzung des staatlichen Rechts auf Botmäßigkeit, so wäre jene Verschiedenheit und überhaupt jede Individualisierung strafrechtlicher Tatbestände unverständlich."[58]) Es sind also zwei Fragen zu unterscheiden:

1. Kann Binding der Verschiedenheit der angegriffenen Rechtsgüter gerecht werden, und
2. wie steht es bei ihm um die Verschiedenheiten der Angriffsmöglichkeit?

Der erste Einwand wiegt, wie mir scheint, leicht. Er kann mit dem Hinweis darauf entkräftet werden, daß die Schwere des Ungehorsams dem Wert des durch den Imperativ zu schützenden Interesses oder Rechtsguts proportional ist und somit die schwerere Bestrafung eines auf ein höherwertiges Rechtsgut bezogenen Ungehorsams wegen der gesteigerten Dringlichkeit des Imperativs rechtfertigt.[59]) Der zweite Einwand hingegen ist außerordentlich schwerwiegend. Er interessiert auch in unserem Zusammenhang vorwiegend. Er bereitet Schwierigkeiten nicht so sehr beim „Versuch", wohl aber bei der „Vollendung". Binding selbst äußert sich dazu so:[60]) „Die Analyse des Deliktsmoments bei den vollendeten Verletzungsdelikten weist alsbald dessen eigentümlich komplizierte Gestalt auf. In der Schale des Ungehorsams birgt sich eine Gutsverletzung als Kern. Liegt das Deliktsmoment in der Untilgbarkeit dessen, was schuldhafterweise verbrochen ist, so enthalten diese Handlungen ein verdoppeltes Deliktsmoment, ohne daß sie sich in zwei Verbrechen auflösen lassen." Es soll also nur ein Verbrechen vorhanden sein, also etwa eine vorsätzliche Tötung, Körperverletzung. „Von den beiden Bestandteilen des Deliktsmoments in diesen Delikten trifft der Ungehorsam das Recht weit weniger (!) empfindlich als die Verletzung der Rechtsgüter." „Die Gutsverletzung vereitelt im einzelnen Fall den Zweck, den das Recht mit der Norm verfolgt, der Ungehorsam bildet dazu nur das verwerfliche Mittel."

---

[58]) so Liepmann, Einl. S. 12.

[59]) So auch Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, in Frank-Festgabe I, S. 457; Finger in GS 97, S. 318 und Carl Schmitt, Ueber Schuld . . S. 73. Damit ist allerdings die ausschließliche Betrachtung der Täter-Normbeziehung, die auf einen ethischen Schuldbegriff hinweist, aufgegeben. Binding selbst ist sich hier auch keineswegs treu geblieben. So sagt er einerseits: „Es giebt keine schuldhafte Verletzung anderer Rechte als des Rechts auf Botmäßigkeit." (Norm I, S. 309.) Andererseits redet er von Schuld als „Ursache einer Rechtswidrigkeit". Die Schuld, S. 23.) Vgl. dazu auch Eric Wolf, Strafr. Schuldlehre, I, S. 60.

[60]) Binding, Normen I, S. 365.

Damit ist allerdings der Zweck als hinter der Norm liegend gekennzeichnet. Seiner eigenen Anschauung abtrünnig wird Binding aber, wenn er ausführt: „Das Ergebnis ist immer Beeinträchtigung des Rechtsgüterbestandes . . . Es ist verbotene (!) Veränderung wirklicher . . . Rechtsgüter.“[61]) Nicht die Normverletzung ist also verboten, sondern die Rechtsgüterbeeinträchtigung. Binding selbst sieht hier das ganze Gebäude seiner Theorie ins Wanken geraten[62]). Stellte er erst das Wesen des kriminellen Unrechts als Unbotmäßigkeit hin, schrumpft hier die Unbotmäßigkeit zusammen und wird zum „Bestandteil des Deliktsmoments“, und zwar zu einem, was bei der Verletzung sehr zurücktritt. „Aber fehlen kann die Auflehnung gegen das Gesetz keinem Delikte.“[63]) Ohne die Einschränkung hätte sich für Binding konsequenterweise ergeben, daß mit dem Ungehorsam das Delikt schon vollendet wäre,[64]) was dem geltenden Recht aber durchaus widerspricht.

Damit sei zunächst festgestellt, daß die Bindingsche Auffassung von der Rechtswidrigkeit keineswegs so subjektiv ist, wie ständig von ihr behauptet wird.[65]) Sein Ergebnis kommt dem der herrschenden Lehre ganz nahe, wenn auch sein Ausgangspunkt ein entgegengesetzter ist. Aber gerade mit Rücksicht auf den Ausgangspunkt bedarf die wichtige Frage noch einer Klärung, wie die verschieden schwere Bestrafung je nachdem, ob ein Rechtsgut verletzt, gefährdet oder diese Verletzung bzw. Gefährdung nur „versucht“, gewollt ist, erklärt zu werden vermag, ferner: welches sind die Momente, aus deren Vorliegen sich die Existenz einer objektiven Rechtswidrigkeit notwendig ergibt? Auf diese Frage kann hier jedoch noch nicht eingegangen werden. Ebenso muß die wichtige Frage noch zurückgestellt werden, ob eine subjektive Rechtswidrigkeitslehre das Unrecht überhaupt von der Bestimmungsnorm ableitet, m. a. W., ob die Angriffe[66]) gegen eine subjektive Rechtswidrigkeitsauffassung mit der Begründung, man dürfe das Unrecht nicht von der Bestimmungsnorm ableiten, nicht vielleicht ins Leere stoßen. Die Beantwortung dieser Frage ist erforderlich für die Würdigung eines weiteren Einwandes, der die Bindingsche Lehre getroffen hat. Damit wenigstens die Fragestellung schon hier deutlich wird, sei der Einwand wiedergegeben:[67]) „Es ist kein Zufall, daß Binding auszog, um das Wesen des fahrlässigen Unrechts zu finden und zu bestimmen, und dieses Ziel bisher wenigstens nicht erreicht hat. Innerhalb der Normentheorie ist für das fahrlässige Delikt kein Raum. Man kann wohl fahrlässig die Pflicht, das Leben, Eigentum usw. des Nächsten zu respektieren, aber niemals fahrlässig den Gehorsam verletzen. Eine fahrlässige Verletzung des Rechts auf Botmäßigkeit ist ein Widerspruch in sich.“

---

[61]) Binding, Normen I, S. 364.

[62]) Ganz deutlich, mehrere Verbote und somit mehrere Rechtswidrigkeiten bei einem Verbrechen unterscheidend, Binding, Normen I, S. 305.

[63]) Binding, Normen I, S. 365 Anm. 1.

[64]) Normen I, S. 308 gibt er das indirekt zu.

[65]) Vgl. aber Mezger, Lehrbuch, S. 166 Anm. 9 und Eric Wolff, a. a. O., S. 59.

[66]) z. B. Mezger, Lehrb. 1931, S. 166.

[67]) Liepmann, Einl. S. 13. Vgl. auch oben S. 10, 11.

Es wird noch zu zeigen sein, daß dieser Einwand, Binding könne wegen seines Ausgangspunktes die fahrlässige Verletzung nicht erklären, durchaus treffend ist. Die Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit bedarf also mindestens einer anderen Begründung als die, welche Binding gibt. Sein Ausgangspunkt ist auch keineswegs ein notwendiger.[68])

Wenden wir uns nun der Rechtswidrigkeitslehre Hold von Fernecks zu.

Gegenüber den bisher angeführten Auffassungen von subjektiver Rechtswidrigkeit bietet die Hold von Fernecks im Hinblick auf das Ergebnis seiner Untersuchungen wenig Besonderes. Neben kleineren Abweichungen ist höchstens festzustellen, daß Hold seinem Ausgangspunkt im Gegensatz zu den genannten wirklich treu bleibt. Er ist bis auf den heutigen Tag der einzige Vertreter einer rein subjektiven Rechtswidrigkeitslehre geblieben. Der Grundgedanke, das Recht sei nicht eine Summe von Vorschriften mit dem Ziel, Wirklichkeit zu werden, sondern sei selbst schon Wirklichkeit in seiner Eigenschaft als geistige Macht,[69]) als völker-

---

[68]) Die Wendung zur subjektiven Rechtswidrigkeit, welche sich aus der Forderung nach einem Willensstrafrecht ergibt, kann ihrer theoretischen Begründung nach nicht bei Binding anknüpfen. Denn das ganze Gebäude der Bindingschen Normentheorie ist aufgebaut auf der Unterscheidung zwischen staatsfreier und staatsgebundener Sphäre, die den Gedanken einer gegensätzlichen Polarität von Staat und Individuum voraussetzt. Es ist Aufgabe des Staats, lediglich das äußere Verhalten zu regeln, und er tut dies durch Aufstellung von Normen, welche hinsichtlich der Beziehung zur Tat jenseits der Tatbestände liegen. Das Verbrechen kennzeichnet sich demnach lediglich als Uebertretung dieser Normen, wobei soziologische, psychologische, biologische oder physiologische Beziehungsinhalte außer Betracht zu bleiben haben. Die wertfreie, „reine" Rechtsbetrachtungsweise ist gerade der Angelpunkt liberaler Rechts- und Staatsauffassung; aus ihr entwickelte sich der Satz: die Tat, nicht der Täter wird bestraft. Demgemäß ist vor allem auch der Schuldbegriff Bindings ein rein formaler. Die Persönlichkeit des Täters ist, da es unmöglich die Aufgabe des Staates sein kann die Innenseite des Täters in ihrer gesinnungsmäßigen Eigenart zu erfassen, — sie gehört ja gerade zur staatsfreien Sphäre — nur insoweit von Belang, als festgestellt werden muß, daß die Tat von einem rechtswidrigen Willen verursacht worden ist, weshalb auch der Grad der Schuld nicht an der ganzen Persönlichkeit sondern nur an der in concreto aufgewendeten Energie gemessen werden kann. Gerade umgekehrt wird das Willensstrafrecht auf der ganzen Linie eine Wendung vom Formalen zum Materialen vollziehen. Die Tatbestände werden nicht Verhaltensformen und -inhalte des einzelnen gegenüber dem Staat bzw. seiner pluralistisch aufgefaßten Einzelglieder enthalten, sondern einen Hinweis auf die Gesamthaltung des in jeder Beziehung staatsumfangenen und daher in seinem Verhalten auch wertmäßig staatsbezogenen Volksglied zu geben haben (vgl. Gelbert, Dtsch. Recht 1934, S. 276). Das in seiner Isolierung dastehende Verbrechen wird nicht der eigentliche Beurteilungsgegenstand sein, sondern mehr als Symptom für die innere Eigenart des Täters zur Verwertung gelangen müssen. Nicht der konkrete rechtswidrige Wille als Ursache einer äußeren Schädigung wird zu erfassen sein, sondern die Persönlichkeit wird nach Maßgabe ihrer volksfeindlichen Tendenz der strafrechtlichen Beurteilung ausgesetzt werden. „Wer nicht in der Ausübung der funktionellen Beziehung zum Staat handelt, stellt sich außerhalb der Erfülltheit des Staates." (Gelbert, S. 57.) Und dies ist es, was wir d. Verbrecher zum Vorwurf machen.

[69]) Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, S. 11, 12.

psychologische Tatsache,[70]) kehrt auch bei Hold wieder. Es sei subjektive Macht im freiwillig rechtmäßig Handelnden und kennzeichne sich insofern als „Rechtsgefühl", „Rechtsbewußtsein", und sei objektive Macht im widerstrebend Handelnden und kennzeichne sich insofern als Motiv; es übe daher stets nur eine geistige Funktion aus, deren formelle Seite das „Wie" der Wirkung betreffe, nämlich das Setzen eines Motivs; die inhaltliche Seite betreffe das „Was" und bezeichne den Zweck, also etwa Interessenschutz, den der Gesetzgeber verfolgt, wenn er zu motivieren sucht. Die Frage nach dem Zweck aber könne die Wissenschaft nicht angeben und sei, „da niemand anzugeben vermag, wie sich die Dinge auf Erden einmal entwickeln werden",[71]) gänzlich müßig. Die Frage nach dem Zweck könne nur hinsichtlich der positiven Gestaltung aufgeworfen werden, und die Bezeichnung einer Handlung als „rechtswidrig" enthalte daher noch nicht die Aussage, daß sie „interessenwidrig" sei, sie „läuft dieser Aussage, die sich hier assoffiiert,[72]) parallel". Die Uebertragung des Prädikats „rechtswidrig" auf empirische Vorgänge, enthalte eine unzulässige Objektivierung, die übersehe, daß Berechtigt- und Verpflichtetsein lediglich eine Relation bedeute, die ohne gedankliche Ineinsetzung mit dem handelnden Subjekt unmöglich ist.[73]) „Rechtswidrig ist . . . immer zugleich Aeußeres und Inneres."[74]) Das Recht sei nicht Qualität von Menschen und Dingen, sondern rein psychologischer Natur, die Relation zwischen zwei Willenszentren, einem befehlenden und einem, das gehorchen soll. — So löst sich auch bei Hold das ganze Recht in „Imperative"[75]) auf und veranlaßt ihn, sich ebenfalls mit der Adresse des Befehls zu beschäftigen. Zwei Fundamentalsätze grenzen den Kreis tauglicher Normempfänger ab. Der eine ergibt sich daraus, daß das Recht als objektive Macht nicht nur eine Macht sei in demjenigen, in welchem sie als Motiv auftrete, sondern es weise unmittelbar auch auf die Nebenmenschen, von denen die Macht ausgehe, um schließlich wieder zu ihr zurückzukehren. Deshalb kennzeichne sich das Recht als ein System von Beziehungen zwischen Menschen.[76]) Das Relationsurteil „rechtswidrig" kann demnach nie gefällt werden, außer wenn Beziehungen zwischen Menschen in Frage stehen; Tiere oder Naturkräfte könnten nicht Rechtssubjekt sein. Andererseits: wie überall, so auch im Recht, ergehe ein Befehl stets nur bei einer bestimmten Sachlage. Ist der zur Handlung verpflichtete ohnehin motiviert, die Handlung auszuführen, habe es keinen Sinn, von „Befehl" zu sprechen. Ebenso könne ein Befehl nicht ergehen, wo das Gesetz das Handeln gar nicht zur Pflicht macht. Deshalb müsse man sagen: „Alles Recht ist Situationsrecht."[77])

Binding hatte gesagt, die Norm kenne Ausnahmen,[78]) ergehe aber an alle; er blieb die Antwort schuldig, wann eine solche Ausnahme anzu-

---

[70]) Wegner, Krim. Unrecht, S. 40.

[71]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 30.

[72]) Hold, a. a. O., S. 371.

[73]) Damit ist die Zustands-Rechtswidrigkeit grundsätzlich verworfen.

[74]) Hold, a. a. O., S. 372.

[75]) Aber mit dem Erfordernis des Vernommenseins. Hold kennt also nur Motivationsanforderungen. Dagegen insbes. Köhler, Die Strafbarkeit, S. 14.

[76]) Hold, a. a. O., S. 16.

[77]) Hold, a. a. O., S. 205.

[78]) Binding, Normen I, S. 49 ff.

nehmen sei. Hold behauptet, die Norm, welche keine Ausnahme kenne, ergehe nicht an alle; er findet aber keine zureichende Antwort auf die Frage, an wen sie nun eigentlich ergeht. Daß er z. B. bei Vertretungsbedürftigen den Vertreter als Normenempfänger und damit als Pflichtsubjekt bezeichnet,[79]) ist nicht ausreichend.[79a]) Im Grunde ist das Problem daher nicht gelöst, sondern nur anders bezeichnet. — Der Streit um den Normadressaten ist überdies unerquicklich. „Das Eingehen auf die feinsten Subtilitäten . . . erübrigt sich hier wohl."[80]) Uns interessiert die Frage, wer pflichtwidrig handeln kann, solange nicht, als das Problem: subjektive oder objektive Rechtswidrigkeit noch ungelöst vor uns steht.

Deshalb genügt es hier als Kennzeichnung der Ansicht Holds festzuhalten: das Recht als objektive Macht ist lediglich Motiv im widerstrebenden Verpflichteten; demnach handelt rechtswidrig, wer pflichtwidrig handelt. „Da das Recht nur ein Inbegriff von Beziehungen zwischen Menschen und nur geistige Funktion in den Menschen ist, können Vorgänge, die einer Beziehung zur Innerlichkeit von pflichtfähigen Personen entbehren, niemals Gegenstand rechtlicher Berurtheilung sein: nicht also äußerliche Verschiebungen im Raume und nicht Bethätigungen der anorganischen Natur, der Thiere und der untauglichen Befehlsempfänger. Rechtswidrig ist nur das zurechenbare Eingreifen von Menschen in die Außenwelt durch Handlung oder Unterlassung."[81])

In sehr interessanter Weise nimmt Graf zu Dohna[82]) zu der Frage Stellung, ob die Rechtswidrigkeit notwendigerweise zugleich Pflichtwidrigkeit sei, interessant deshalb, weil er gleichzeitig die Kollisionsmöglichkeit mit der Schuld darstellt. Wir werden noch sehen, daß Hold zur Gleichstellung von Schuld und Rechtswidrigkeit kommt, daß Schuldausschließungsgründe und Gründe, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, nicht mehr unterschieden werden und nicht mehr unterschieden werden können. Diese Gleichstellung nimmt Dohna jedenfalls nicht vor. Wie aber eine Unterscheidung dennoch möglich ist, soll erst dargestellt werden, nachdem gesagt wird, wie Dohna zu einer subjektiven Rechtswidrigkeitsauffassung gelangt. — Ausgehend von der Forderung Mayers[83]) nach Uebereinstimmung von Rechts- und Kulturnormen, von denen letztere sich darstellen als Befehle, welche vom Volke pflichtmäßiges Verhalten verlangten, stellt Dohna fest, daß die Gebote und Verbote des Rechts selbst zum Inhalt hätten, daß sich der Rechtsunterworfene pflichtmäßig verhalten müsse. Diese Auffassung weicht dadurch ab von der Bindings, welcher behauptet hatte, Verbrechen sei schuldhafte Normwidrigkeit,[84]) die Norm selbst hat demnach die Forderung pflichtmäßigen Verhaltens noch nicht

---

[79]) so neuerdings Finger, GS 97, 393; dagegen von seinem (!) Standpunkt aus richtig: Thon, Rechtsn. S. 95 Anm. 44d.

[79a]) Vgl. S. 32 A. 8.

[80]) Wegner, Krim. Unrecht, S. 41.

[81]) Hold, a. a. O., S. 372.

[82]) Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.

[83]) Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 19, 22, 40 ff.

[84]) Normen I, S. 252.

zum Inhalt. Die Norm Bindings lautet: du sollst nicht töten,[85]) die Dohnas: du sollst nicht pflichtwidrig töten. „Unter Kulturnorm wäre . . . zu verstehen jedes zu einem mehr oder weniger bestimmten Inhalt konkretisierte Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, wodurch (!) dem Bürger ein der von uns entwickelten formalen Maxime[86]) entsprechendes Verhalten anbefohlen wird. Und dieses letztere kann sehr wohl durch die Attribute „pflichtmäßig" oder „sozial" seinem Charakter nach zur Anschauung gebracht werden."[87])

Indem Dohna sich aber von dem empirischen Material, von den Gegebenheiten positiver Satzung trennen will, um mittels einer formalen Maxime[88]) zu einer aprioriischen Feststellung derjenigen Merkmale vorzustoßen, die dem Unrecht stets innewohnen bzw. innewohnen sollten,[89]) stellt er für jede Rechtsnorm die Forderung auf, daß sie „rechtes Mittel zu rechtem Zweck"[90]) sei. Damit ist nicht nur gleichzeitig eine Kritik der Normen nach Maßgabe ihrer Uebereinstimmung mit dem „richtigen" Recht, mit der Idee des Rechts gegeben, sondern gleichzeitig auch ein Maßstab geschaffen, an dem menschliches *Verhalten* als rechtswidrig erkannt werden kann. „Der Norm sowohl als auch dem normierten Verhalten gebührt das Prädikat „richtig" unter der übereinstimmenden Voraussetzung, daß darin . . . jenem formalen Prinzip Genüge geschehe."[91]) Fraglich blieb also nur vor allem, was ein „rechter Zweck" ist. Es stehen sich hier der „reale Zweck" der Handlung und der „psychische Zweck" des Täters gegenüber; Dohna entscheidet sich für den letzteren. „Sachverständiger" für die Würdigung des Verhaltens sei in erster Linie der Täter selbst: maßgeblich muß sein, „daß der Handelnde sein subjektives Belieben und sein konkretes Einzelwollen nicht zum obersten Gesetz für sein Tun und Lassen erhoben, sondern daß er es umgekehrt untergeordnet hat dem Gedanken einer allgemein gültigen Gesetzmäßigkeit, daß er es gerichtet hat an einem absoluten Maßstab: dem Endzweck der sozialen Gemeinschaft".[92])

Damit sind Schuld und Rechtswidrigkeit in ihrer gemeinsamen theoretischen Wurzel, der Pflichtwidrigkeit, aufgegangen. Wenn aber gewisse subjektive Zwecke des Täters für das Unwerturteil konstitutive Bedeutung besitzen, hätte es nahegelegen, die inhaltliche Seite des psychischen Tatbestands zu gliedern, um die Zugehörigkeit subjektiver Elemente zur Schuld oder Rechtswidrigkeit festzustellen. In diesem Sinne verfährt die Theorie der subjektiven Unrechtselemente, die ja auch auf der Feststellung beruht, daß gewisse Zwecke, Ab- und Ansichten des Täters die Rechtswidrigkeit eines Tatbestandes mitzubegründen in der Lage sind.

---

[85]) „und ist als solche ein noch ganz unjuristisches Gebilde". E. Wolf, a. a. O., S. 59. Ihre inhaltliche Ausfüllung unternimmt M. E. Mayer, indem er ihren vorjuristischen Ursprung, ihre kulturelle Bezogenheit hervorhebt.

[86]) Vgl. den folgenden Text.

[87]) Dohna, a. a. O., S. 68.

[88]) a. a. O., S. 38 u. 42 ff.

[89]) S. 51, 52.

[90]) S. 48.

[91]) S. 50.

[92]) S. 77, 78.

Diese Theorie ist allerdings aus einer Betrachtung strafrechtlicher Tatbestandstypizität hervorgegangen, also aus einer mehr oder weniger formalen Betrachtung strafrechtlicher Tatbestände, die — bis auf Hegler — einer inneren Begründung für die Behauptung des Vorhandenseins unrechtsbedeutsamer subjektiver Merkmale entsagte. Deshalb kann nicht wunder nehmen, daß Dohna, dessen subjektive Unrechtsauffassung am Endzweck der Rechtsordnung ausgerichtet ist, diesen Weg nicht wählt. Unrecht und Schuld schmelzen bei ihm völlig zusammen: „Es scheitert an diesem Punkt jeder Versuch einer gewaltsamen Zerreißung des einheitlichen Tatbestands in seine subjektiven und objektiven Merkmale."[93]) In dieser Beziehung weiß er sich mit Binding einig, für welchen die Schuld nichts als Erscheinungsform des Delikts ist: „Man kann den Schuldbegriff aus dem Deliktsring nicht herauslösen."[94]) Doch ergibt sich als Konsequenz der Normentheorie und der Kennzeichnung des Delikts als schuldhafter Normwidrigkeit weit mehr. Objektiv ist die verbrecherische Handlung nur formaler Widerspruch zur Norm, ebenso, wie der unbotmäßige Wille konsequenterweise nur norm-, nicht tatbestandsbezogen ist, und nur im Widerspruch zum öffentlichen Recht des Staats auf Botmäßigkeit steht.

Wenn man also — wie Dohna — die Pflichtwidrigkeit auf die Seite der Rechtswidrigkeit hinüberretten wollte, ohne einerseits auf einen anderen Normenkomplex überzugreifen, insbesondere ohne die Beziehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung auf die Psyche des Täters zu verhindern und ohne andererseits die Schuld aus dem subjektiven Tatbestand gleiten zu lassen, war es erforderlich, die Schuld in Elemente zu zerlegen, nämlich in ein psychologisches und ein solches, welches die Pflichtwidrigkeit erfaßt. In dieser Weise wird die Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit bei Dohna vorgenommen. Er meint, daß unser Schuldurteil sich zusammensetze „aus zwei disparaten Elementen . . ., einem psychologischen und einem ethischen".[95]) Rechtswidrigkeit und Schuld fallen, abgesehen von den psychologischen Voraussetzungen der Schuld, bei ihm zusammen, sind identisch.[96]) „Es involviert sonach jedes unserer formalen Maxime widerstreitende Verhalten, . . . ganz allgemein eine Pflichtwidrigkeit in dem Sinne, daß dadurch jene Pflichten vernachlässigt werden, welche die soziale Gemeinschaft dem Individuum auferlegt."[97]) Schuld ist bei Dohna nur das, was man allgemein als Form der Schuld ansieht,[98]) der Inhalt der Schuld, das Schuldurteil aber ist mit dem Rechtswidrigkeitsurteil identisch. Der Schuld fehlt also das normative Element, dieses soll vielmehr das normative Element der Rechtswidrigkeit werden, und zwar deren einziges. Die Bedeutung dieser Behauptung soll geprüft werden ohne Rücksicht auf 2 Mängel, die der Dohnaschen Lehre anhaften, ohne Rücksicht also auf die Behauptung, daß das normative Element

---

[93]) Dohna, S. 69. Und doch will Dohna sie scharf geschieden wissen (vgl. S. 123). Er stand hier, wie alle Subjektivisten, vor der Frage, ob er eine grundsätzliche Stellungnahme aufgeben oder ob er das geltende Recht einer zutreffenden Würdigung zuführen sollte. Vgl. auch Mezger, in GS 89, S. 227.

[94]) Die Schuld, S. 9.

[95]) Dohna, a. a. O., S. 68.

[96]) Dohna, a. a. O., S. 70.

[97]) Dohna, a. a. O., S. 71.

[98]) Vgl. z. B. Mezger, Lehrbuch, § 35 S. 266.

der Schuld ein ethisches sei[99]) und ferner, daß dieses normative Element sich als Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit darstelle:[100]) „Rechtlich relevant ist . . . der Mangel des Bewußtseins der Inkongruenz von Pflicht und Verhalten." „Hatte sich uns . . . als das Wesen der Pflichtwidrigkeit", also auch das der Rechtswidrigkeit, „ergeben: die bewußte Nichtübereinstimmung des eigenen Tuns mit der allgemeingültigen Maxime richtigen Verhaltens." Richtiger Ansicht nach ist das Bewußtsein der Rechts- und Pflichtwidrigkeit ein psychologisches Element, welches Dohna gerade aus der Rechtswidrigkeit hat eleminieren wollen. Die Betonung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit schränkt überdies die Möglichkeit rechtswidrigen Handelns — nach der herrschenden Lehre: schuldhaften Handelns[101]) — außerordentlich ein, ist aber für Dohna mit Rücksicht auf den Endzweck der Rechtsordnung, die Rechtsunterworfenen zu begründetem[102]) Wollen anzuleiten, notwendige Konsequenz. Abgesehen hiervon ergibt sich aber zweierlei:

1. das Erfordernis, die Schuld nach der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu prüfen, mußte aufgegeben werden;

2. Schuld ist nicht mehr Schuldurteil, nicht mehr Verbotswidrigkeit. Um die erste Konsequenz darzustellen, bediene ich mich der Terminologie, die in der Schuldliteratur üblich ist. Das normative Element der Schuld, welches Dohna der Rechtswidrigkeit zuspricht, heißt Vorwerfbarkeit und zwar rechtliche. Rechtswidrig ist daher bei Dohna jede vorwerfbare Betätigung.[103]) Das Vorwerfbarkeitsurteil setzt aber das Vorliegen einer Schuldform voraus, der Tatbestand des Wissens und Wollens ist ja das Substrat, auf das sich die Normierung bezieht und deshalb auch das Urteil „vorwerfbar" beziehen muß. Die zweite Konsequenz steht mit der rücksichtlich unseres Strafrechtssystems sicher richtigen Anschauung in Widerspruch,[104]) daß Schuld die Bezeichnung für eine Verbotswidrigkeit und deshalb Strafwürdigkeitskomponente ist. Die Frage soll hier nur kurz gestreift werden; sie erfährt eine eingehende Erörterung noch anläßlich der eigenen Stellungnahme zum Rechtswidrigkeitsproblem. Soviel sei hier gesagt, daß für das Strafrecht sich die Verbote erst aus der Strafwürdigkeit eines Tatbestandes ergeben, daß es daher rücksichtlich des geltenden Rechts Motivationsverbote und Verbote bestimmten äußeren Handelns gibt, die sich demnach als Wertelemente, als Strafwürdigkeitskomponenten eines strafbaren Gesamttatbestandes darstellen.

---

[99]) Vgl. Goldschmidt, Normativer Schuldbegr. S. 436.

[100]) Vgl. dazu Kohlrausch, Reform, S. 162; 163 in Schw. Zschr. 34; Goldschmidt, Notstand S. 12, Nrm. Schuldbegr. S. 435; Grünhut, ZStrW 50 S. 307.

[101]) ebenda.

[102]) Dohna, S. 150.

[103]) Ueber die Möglichkeit, hierauf ein ganzes Strafrechtssystem zu gründen, vgl. unten S. 86 ff.

[104]) „Im Augenblick dieser Erkenntnis tritt aber an die herkömmliche Dreigliederungslehre das drohende Gespenst einer Auflösung in normative und kognitive, empirische und Bedeutungselemente heran, denn nun stehen sich der empirische Tatbestand und seine Wertung allein gegenüber." Eric Wolf, a. a. O., S. 64; vgl. auch Dohna selbst, S. 70. Für Dohna sind Schuld und Rechtswidrigkeit nur zwei Seiten, von denen aus man *einen* Tatbestand betrachten kann, der bei Dohna aber vorwiegend durch subjektive Momente gekennzeichnet ist.

Bei Dohna ist Schuld indessen nicht Normwidrigkeit, nicht Urteil, sondern psychischer Tatbestand, der eine Voraussetzung des Rechtswidrigkeitsurteils (!) darstellt. Die Kategorien Schuld und Rechtswidrigkeit stehen in dieser Hinsicht nicht mehr auf derselben, der normativen, Ebene.—

Wenden wir uns nun noch kurz einem Vertreter subjektiver Rechtswidrigkeitslehre zu, nämlich Kohlrausch. Radbruch, der ebenfalls noch zu nennen wäre, schließt sich Hold von Ferneck an und bietet daher nichts Besonderes.[105]) Ausgehend vom Wesen des Rechts betrachtet Kohlrausch das Recht als einen Komplex von Bewertungs- und Bestimmungsnormen, von denen letztere ihn zwecks Gewinnung des Pflichtbegriffs besonders beschäftigen.[106]) Die Anerkennung des Rechts als einer Summe von Bewertungsnormen wird auch von ihm in der Schweizerischen Zeitschrift[107]) anerkannt. Trotz Ablehnung der Imperativentheorie verkennt Kohlrausch nicht,[108]) daß dem Rechte stets ein imperatives Moment innewohne, daß das Recht nicht „rechtlich geordneter Zustand", sondern „Summe von Rechtssätzen, von Normen" sei. Verboten sei daher nicht „Veränderung eines rechtlich gebilligten Zustandes", sondern „rechtlich mißbilligte Veränderung eines Zustandes". Wie ersichtlich, rückt Kohlrausch allmählich von dem Recht als Bewertungsnorm wieder ab. Die Gegenüberstellung der eben angeführten Sätze über das Attribut des rechtlichen Mißbilligtseins macht sehr treffend deutlich, daß die Bewertungsnorm im Strafrecht gegenüber den anderen Rechtsmaterien eine ganz andere Rolle spielt, daß sie im Strafrecht ihren Platz teilen muß mit einer durchaus gleichberechtigten Bewertungsnorm, die sich auf die Motivation bezieht, auf die Wirksamkeit der Bestimmungsnorm; denn die Schuld besitzt im Strafrecht „konstitutive" Bedeutung und nicht „qualifizierende"[109]) wie im bürgerlichen Recht. — Da Kohlrausch aber das Unrecht mindestens auch als Widerstreit mit Bestimmungsnormen ansieht, muß er auch den Normadressaten angeben, und er bestimmt ihn als jeden, der zurechnungsfähig ist,[110]) der Personalbegriff der Zurechnungsfähigkeit umgrenze den Kreis tauglicher Normempfänger.[111]) Der Zurechnungsfähige allein kann nicht nur schuldhaft handeln, sondern auch Unrecht tun; deshalb sei der Begriff der Zurechnungsfähigkeit, die sich als „Bewußtsein, anderen nicht schaden zu dürfen", darstellt, an die Spitze der Lehre vom Verbrechen zu stellen.[112]) Mit Recht macht Mezger[113]) darauf aufmerksam, daß Kohlrausch damit noch nicht notwendig zu einer Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit kommen müßte, es bleibt also die Frage offen, ob die Bestimmungsnorm, die sich an alle Zurechnungsfähigen wendet, im Einzelfall erst durch schuldhaftes Handeln verletzt wird.[114]) Zu welcher Ansicht Kohlrausch neigt, bleibt zweifelhaft: wende sich das Recht an den

---

[105]) Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin. 1904, S. 71.
[106]) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I, (1903) S. 28.
[107]) a. a. O., S. 162 (1921).
[108]) Irrtum, S. 53, 54.
[109]) Vgl. Liepmann, Einl. S. 17.
[110]) Kohlrausch, Irrtum, S. 50.
[111]) Kohlrausch, Schw. Ztschr. 34, S. 157.
[112]) Irrtum, S. 50. Reform, 1910 Bd. I, S. 181.
[113]) in GS 89, S. 221.
[114]) Vgl. Kohlrausch, Irrtum, S. 50 N. 2 b α, β.

Willen, so sei erst die Willensbetätigung das rechtlich Bedeutsame, sie sei der Kern des Unrechts wie der Schuld.[115]) Die Trennungsfrage bleibt ungelöst.

Die Zugehörigkeit Kohlrauschs zu den Subjektivisten erscheint mir — gegen Wegner[116]) — nicht zweifelhaft, wohl aber die Frage, wie er Schuld und Rechtswidrigkeit von seinem Ausgangspunkt aus zu trennen gedenkt.

Wegner selbst, der sich früher[117]) zur objektiven Rechtswidrigkeit bekannt hat, neigt später durchaus zu einer subjektiv gefaßten Rechtswidrigkeit. Im Anschluß an Hegler[118]) führt er aus,[119]) daß der Interessenschutz nur die eine Seite des Rechts sei, man dürfe die subjektive, die Bindungsseite nicht außer acht lassen. „Bei der Unrechtslehre . . . beobachten wir, daß aus praktischen Gesichtspunkten und Gründen der Rechtssicherheit die Bindungsseite und das organische Wesen des Rechts über dem Interessenschutz vernachlässigt werden.“[120]) Der tiefere Grund für die Korrektion seiner früher ausgesprochenen Ansicht scheint mir in der kurzen Bemerkung am treffendsten zum Ausdruck zu gelangen: „Die Kultur ist die letzte Vergeistigung und einzige objektive Gültigkeit, zu der sich eine liberale Weltanschauung aufzuschwingen vermag.“[121])

Die dogmengeschichtlichen Ausführungen über die subjektive Rechtswidrigkeit, welche gezeigt haben, daß bis auf den heutigen Tag das behandelte Problem noch ungelöst erscheint, verfolgten vor allem den Zweck, gewisse Fragestellungen aufzuzeigen, die für die spätere Betrachtung ausschlaggebenden Wert erhalten. So sind andeutungsweise schon hervorgehoben das Problem vom Recht als Bestimmungsnorm oder Bewertungsnorm, insbesondere von der Zurückführung einer subjektiven Auffassung auf die Bestimmungsnormen, von der Strafwürdigkeit und den auf sie gegründeten Verboten, von den rechtlichen Anforderungen und von der Möglichkeit, auf der Grundlage subjektiver Auffassung Schuld und Rechtswidrigkeit zu trennen. Bei der Besprechung der Dohnaschen Lehre ist ferner die Frage nach Unrechtselementen aufgeworfen worden. Die sogenannten „subjektiven Unrechtselemente“, die heute nicht nur in den kriminalistischen Erörterungen einen breiten Raum einnehmen und deren Existenz fast durchweg anerkannt ist,[122]) beleben das Problem der subjektiven Rechtswidrigkeit aufs neue, denn sie stellen in gewissem Umfang, aber aus anderen Gesichtspunkten heraus, eine Konzession an die subjektive Auffassung dar. Während letztere, wie gezeigt, mehr auf philosophischer Grundlage errichtet ist[123]) basiert die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen auf der Betrachtung des positiven Rechts. Es scheint mir daher eine lohnende Aufgabe zu sein, die Anerkennung auch rein subjektiver Rechtswidrigkeit aus dem Gesetz zu begründen.

---

115) Reform, S. 184. (1910).
116) Kriminelles Unrecht, S. 59 zweifelnd.
117) Krim. Unrecht, S. 38 ff.
118) Prinzipien des internationalen Strafrechts, S. 32 u. 34.
119) Frank-Festg. I, S. 128.
120) Frank-Festg. I, S. 129, 144.
121) a. a. O., 130 und JW 1931, S. 2776 ff. Zum Inhalt dieser Bemerkung Wegners verweise ich auf Dannenberg, a. a. O., S. 2 ff. und S. 45 ff.
122) Vgl. die Uebersicht bei Mezger, Lehrbuch § 20 N. III.
123) Vgl. dazu Mezger, GS 89, S. 228.

§ 3. Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit und die von den subjektiven Unrechtselementen.

Bevor diese Aufgabe aber in Angriff genommen wird, soll kurz eingegangen werden auf die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit, deren Darstellung sich nicht nur als Ergänzung des strittigen Problems der Rechtswidrigkeit als notwendig erweist, sondern auch als Grundlage für die Ausführungen über die „subjektiven Rechtswidrigkeitselemente" dient, denn „das Problem der subjektiven Unrechtselemente verlangt einen objektiven Boden, um sich richtig entfalten zu können".[1]) Ohne die Absicht, weitere Fragen anzuregen als anläßlich der Darstellung über die subjektive Auffassung geschehen, rechtfertigt sich aber eine dogmengeschichtliche Betrachtung der objektiven Lehre keineswegs. Das Rechtswidrigkeitsproblem ist in dieser Hinsicht schon des öfteren Gegenstand ausführlicher Arbeiten gewesen,[2]) auf die hier verwiesen werden kann. Es sei deshalb hier nur die Ansicht Mezgers als eines Vertreters objektiver Rechtswidrigkeitslehre einer Untersuchung unterzogen.

Ausgehend von einer Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeitslehre als einer solchen, die in der Rechtsnorm vorwiegend oder ausschließlich eine Bestimmungsnorm sieht, die „das Wesen des Unrechts . . . in den psychischen Motivationsprozeß des unrecht Handelnden verlegt",[3]) stellt Mezger die Frage: ist das Recht wirklich nur Bestimmungsnorm?[4]) Es sei dies eine Frage nach dem „Sein", nicht eine Frage nach dem „Sollen" des Rechts. „Und hier ist die Antwort unbedingt klar: das Recht als Bestimmungsnorm ist gar nicht denkbar ohne das Recht als Bewertungsnorm, das Recht als Bewertungsnorm ist unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm."[5]) Daß damit noch nicht viel gewonnen ist, erkennt auch Mezger an; denn es bleibt die Frage offen, ob das Recht sich in concreto die bedingende oder die bedingte Funktion zu eigen gemacht habe, was der Rechtsgestaltung frei steht. Die Frage nach der Bestimmungsnorm interessiert hier also nicht als Erkenntnisfrage, sondern „wir wollen . . . letzten Endes erfahren, ob es praktisch zweckmäßig sei, Recht und Unrecht auf dem Boden der Auffassung vom Recht als Bewertungs- oder auf dem Boden der Auffassung vom Recht als Bestimmungsnorm zu gestalten."[6]) Im Zweck des Rechts, insbesondere des

---

[1]) Mezger, a. a. O., S. 233.

[2]) Vor allem Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Binding Festschr. II, S. 273 ff.; Mezger, in GS 89, S. 208 ff.

[3]) Mezger, a. a. O., S. 240.

[4]) Mezger, a. a. O., S. 240.

[5]) Mezger, in GS 89, S. 241. Zustimmend Sieverts, S. 96/97.

[6]) Mezger, a. a. O.

Strafrechts liegt also das entscheidende Kriterium für die Richtigkeit subjektivistischer oder objektivistischer Auffassung. Für Aufgabe und Zweck des Rechts sieht Mezger nun nicht „die innere Besserung" an, sondern „ein äußerlich geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten".[7])[8]) Recht ist also objektive Lebensordnung, die Norm selbst ist adresselos. Sie lautet nicht: du sollst!, sondern: es soll sein! Und zwar soll ein bestimmter sozialer Zustand herrschen. Lobe[9]) habe recht, wenn er sage, das Recht stelle nur fest, was der Lebensordnung der Gemeinschaft gemäß sei und was nicht, es sei die autoritative Feststellung dessen, was gemeinschaftsmäßig oder -fördernd sei und was nicht, ein objektiver Vorgang, der sich von dem Aufstellen von Geboten und Verboten — also von Anforderungen gegenüber dem Rechtsunterworfenen — unterscheide. Mir scheint allerdings, als ob die Ansicht Lobes, der in diesem Zusammenhang auch vom Recht als dem „Rechtswillen" spricht, eher gegen Mezger als für ihn verwertet werden kann, denn sie will lediglich einen Unterschied zwischen Verbotswidrigkeit und Rechtswidrigkeit klarstellen, an dessen Berechtigung nicht wird gezweifelt werden können.[10]) Macht man diesen Unterschied indessen nicht, so ist jedenfalls für das Strafrecht, welches ja Verbote zum Inhalt hat, rechtswidrig viel mehr als die Störung der sozialen Ordnung, viel mehr als die Verletzung der Bewertungsnorm. Aber Lobe hat mit seiner Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verbotswidrigkeit m. E. das Kernproblem der Rechtswidrigkeitsfrage im Strafrecht berührt, und damit eine Erkenntnis zum Ausdruck gebracht, die endlich dazu führen sollte, die uns „liebgewordene Einheit der Rechtswidrigkeit",[11]) die „vom teleologischen Standpunkt aus nicht gegeben ist",[12]) endgültig aufzugeben. Entweder man hält eine vom Gesetz verbotene Handlung für rechtswidrig, — dann muß man den Rechtswidrigkeitsbegriff dem Strafrecht, das sich ja durchweg in verbotenen Handlungen erschöpft, ausschließlich entnehmen, Verbotswidrigkeit und Rechtswidrigkeit also identifizieren — oder man wendet einen selbständig gefundenen Rechtswidrigkeitsbegriff auf die Verbote des Strafrechts an und kann dann entweder die Rechtswidrigkeit gewisser verbotener Handlungen nicht erklären oder ist zu Konzessionen genötigt, die der Lösung des Problems nur hinderlich sind.[13])

Denn eins sollte doch klar sein: je weiter der Strafgesetzgeber die Strafbarkeit in ein Vorstadium der Verletzung sozialer Ordnung verlegt[14]) und diese Tendenz läßt unser geltendes Strafrecht, abgesehen von der Strafbarkeit des Versuchs, bei gewissen Deliktstypen schon in hohem

---

[7]) Mezger, a. a. O., S. 242. Vgl. dazu oben S. 4.

[8]) Vgl. dazu neuestens Berges, in Dtsch. Strafr. 1934, S. 241. Bei Mezger tritt die objektive Rechtswidrigkeit „als Deckmantel für politische Inhalte" (Schaffstein) kraß in Erscheinung.

[9]) in RGRK S. 2.

[10]) Gegen die Inanspruchnahme Lobes bei Mezger treffend Finger, in GS 97, S. 393.

[11]) Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1914), S. 29.

[12]) Hegler, a. a. O., Anm. 31.

[13]) Dieser Zwiespalt wird klar erkannt von Hegler, Frank-Festg. I, Abschn. IV und V, insbes. S. 279.

[14]) Hegler, ZStW 36, S. 33.

Maße erkennen, ein Willensstrafrecht fordert dies grundsätzlich[15]) — um so mehr verpönt es Handlungen, die äußerlich gesehen rechtliche Indifferenz aufweisen, deren Strafwürdigkeit sich also erst aus der psychischen Verfassung des Täters erklären läßt und die diesen Strafwürdigkeitsfaktor auch behalten, wenn der vom Täter vorgestellte oder beabsichtigte Erfolg aus irgendwelchen Gründen ausbleibt. Wird aber die Verbotswidrigkeit und damit die Rechtswidrigkeit im Sinne strafrechtlicher Typizität durch und nur durch die psychische Konstitution des Täters bedingt — wie noch zu zeigen sein wird, kennt unser geltendes Strafrecht solche Fälle —, so bedeutet es einen Grundfehler, wenn man die Rechtswidrigkeit und die Schuld getrennt zu prüfen sucht und bei Ausschluß der Rechtswidrigkeit etwa durch wirksame Einwilligung die Strafwürdigkeitskomponente der unwertbetonten Motivation überhaupt ganz fallen läßt. Der Satz:[16]) „Schuld bedeutet lediglich die persönliche Vorwerfbarkeit eines begangenen Unrechts, ohne Unrecht ist Schuld nicht denkbar", gilt keineswegs immer.[17]) Die bei Verletzungstatbeständen angängige Behauptung, die Strafwürdigkeit derselben sei in der Rechtsgutsverletzung einerseits zu finden — dem entspricht die Kategorie der „Rechtswidrigkeit" — andererseits in der Motivation — dem entspricht die Kategorie der „Schuld" — ist für viele Fälle der Bestrafung von Verletzungsvorstadien, mit denen sich das Gesetz begnügt, einfach falsch. In solchen Fällen erstreckt sich die Strafwürdigkeit nur oder überwiegend auf die Motivation, die Handlung ist aber trotzdem schon verboten, d. h. rechtswidrig. Aus diesen Erwägungen ergibt sich: wenn man wissen will, was im Strafrecht als rechtswidrig anzusehen ist, ist es erforderlich, ausfindig zu machen, wo überall das Gesetz Verbote, d. h. Strafwürdigkeitsfaktoren kennt und welchen Inhalt diese Verbote haben können. Eine diesbezügliche Untersuchung wird noch Gegenstand ausführlicher Erörterung sein. — Dies noch als Kommentar zur Berufung Mezgers auf die Ansicht von Lobe. Sieht Mezger das Recht als objektive Lebensordnung an, so kann Unrecht nur die Verletzung dieser objektiven Ordnung sein,[18]) d. h. Widerspruch gegen das Recht als Bewertungsnorm, Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Zustandes.[19]) Deshalb brauche man aber den von Merkel und allen anderen Subjektivisten hervorgehobenen Charakter des Rechts als geistiger Macht, der ausschließe, daß das Unrecht sich in der Verletzung der Rechtsobjekte und Zustände erschöpfe und der geistigen Beziehung entbehren könne, nicht zu leugnen. Die geistige Beziehung des Rechts sei aber nicht auf seiten des Täters, sondern auf seiten des Verletzten zu suchen; im Unrecht sei eine Verletzung der dem Verletzten vom Recht eingeräumten Willensmacht zu sehen, und somit rechtswidrig nicht die Verletzung eines Objekts, einer Sache, sondern die eines Interesses an ungehindertem Genuß des Objekts. „Unrecht ist die Störung einer vom Rechte gewollten (gebilligten) Willensbetätigung."[20]) „Maßstab des Unrechts ist . . . die Interessenrichtung des Leidenden, des Verletzten."[21])

---

[15]) Vgl. oben S. 3.
[16]) Mezger, GS 89, S. 250.
[17]) Vgl. dazu die Ausführungen S. 39, 71 ff. u. 90 ff.
[18]) Mezger, GS 89, S. 242.
[19]) Mezger, a. a. O., S. 245, 246.
[20]) Mezger, GS 89, S. 248.
[21]) Mezger, a. a. O., S. 250. Vgl. dazu oben S. 4 und 8.

Bevor wir uns der eigenen Stellungnahme zuwenden, sei noch ein Blick auf die Lehre von den „subjektiven Unrechtselementen" geworfen. Wie schon erwähnt, bedarf sie eines objektivistischen Standpunkts, um sich richtig entfalten zu können. Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen besagt, daß für die Abgrenzung von Recht und Unrecht auch die subjektiven Zwecke des Handelnden von Bedeutung sein können. Die Handlung kann verboten oder erlaubt sein, „je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht."[22]) Das Problem taucht auf, sowohl bei der Unrechtsbegründung als auch beim Unrechtsausschluß, bei den Rechtfertigungsgründen. Die Behandlung der subjektiven Unrechtselemente ist aber im Schrifttum bei den genannten Fallgruppen sehr verschieden. So verwertet H. A. Fischer, der die Lehre von den „subjektiven Unrechtselementen" über das Strafrecht hinaus angeregt hat, jene Elemente beim Unrechtsausschluß infolge Notwehr und fordert demgemäß, daß der Täter die Verteidigungsabsicht gehabt habe.[23]) Dieselbe Behandlung fordere der Notstand und die Selbsthilfe des bürgerlichen Rechts,[24]) dieselbe auch der ärztliche Eingriff[25]) und die Geschäftsführung ohne Auftrag.[26]) Die Bedeutung subjektiver Momente bei den Unrechtsausschließungsgründen wird dagegen verneint von Hegler:[27]) „Entweder schließt das objektiv Geforderte die „Rechtswidrigkeit" aus, dann ist aber unklar, warum es subjektiv noch von einem entsprechenden Zweck getragen sein soll, oder es schließt der verfolgte Zweck die Schuld aus, dann ist aber unklar, wieso etwas Objektives verlangt wird".[28]) Die Kombination subjektiver und objektiver Momente wird also hier abgelehnt.[29]) Auf dem Umweg über eine Analyse des Einwilligungsinhalts hält Mezger[30]) subjektive Momente auch bei Unrechtsausschluß durch Einwilligung des Verletzten für erheblich.[31])

---

[22]) H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911, S. 288.

[23]) H. A. Fischer a. a. O., S. 293; ebenso auch Sieverts, S. 209, indem er das Vertrauen auf die rechtliche Gesinnung des Abwehrenden selbst zum zu schützenden Rechtsgut erhebt. Sieverts würde also einen nur in objektiver Notwehrlage Tötenden wegen vollendeter (!) Tötung (!) bestrafen, obgleich er diesen Fall vorher zum delictum sui generis erhoben hat, in welchem die Befriedigung, Beruhigung und Genugtuung der Rechtsgenossen angegriffenes Rechtsgut ist. Unter dem Gesichtspunkt der Tötung (!) liegt aber nur untauglicher Versuch vor. Für die Ansicht Sieverts ist die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs ganz allgemein auch gar kein Problem mehr. Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 77 ff. und S. 80 dieser Abhandlung.

[24]) H. A. Fischer, a. a. O., S. 258; ebenso Beling, Lehre v. Verbrechen, S. 141 ff.; Nagler, Festschrift f. Binding, II, S. 286 Anm. 8; M. E. Mayer, Allg. Teil, 1915, S. 12.

[25]) Verneint von Mezger, Lehrbuch, S. 173, und Eberhard Schmidt, in ZStW 49, S. 396/97.

[26]) Ebenso Mezger, Lehrbuch, S. 173.

[27]) ZStW 36, S. 37.

[28]) Hegler, a. a. O., S. 37.

[29]) Ebenso Sauer, Grundlagen d. Strafrechts, 1921, S. 347—350.

[30]) GS 89, S. 280 gegen Hegler, a. a. O., S. 37.

[31]) GS 89, S. 280 gegen Hegler, a. a. O., S. 37.

Andererseits werden zur Unrechtsbegründung, im einzelnen unterschiedlich, subjektive Momente angezogen bei den Absichtsdelikten in Form der verkümmert zweiaktigen Delikte und der koupierten Erfolgsdelikte, die uns noch näher beschäftigen werden, bei den Tendenz- und bei den Ausdrucksdelikten.[32])

Abgesehen aber von der näheren Ausgestaltung und Anerkennung subjektiver Unrechtselemente, die in diesem Zusammenhang nicht weiter interessiert, erscheinen zwei Fragen u. E. von großer Bedeutung:

1. Handelt es sich in den Fällen, in welchen das Vorhandensein subjektiver Unrechtselemente angenommen wird, stets nur um Elemente oder auch um subjektive Rechtswidrigkeit?
2. Wenn ja, welchen Einfluß hat dies auf die Bedeutung der anerkannten Rechtfertigungsgründe?

Diese beiden Fragen werden noch zur Erörterung gelangen anläßlich der eigenen Stellungnahme über die Verbote des Strafrechts und deren Inhalt.[33])

---

[32]) Vgl. dazu Mezger, Lehrbuch, S. 172, 173; derſ. GS 89, S. 260 ff.; und Vom Sinn, S. 13 ff.

[33]) Vgl. S. 40 ff., 72 ff., 77 ff. und 81.

§ 4. Der Dualismus im Rechtsbegriff. Bestimmungs- und Bewertungsnormen.

Die vorangegangenen Ausführungen über das Problem der Rechtswidrigkeit dürften gezeigt haben, daß diese Lehre an gewissen „Engigkeiten“[1]) leidet, die überwunden werden müssen, wenn man das geltende Recht nicht vergewaltigen will, und daß demnach eine philosophische Betrachtung des Rechts keineswegs ausreicht. Namentlich mit Rücksicht auf die Strafrechtsreform, die sich die Schaffung eines Willensstrafrechts zur Aufgabe gemacht hat, scheint mir die Frage nach der Möglichkeit, der Bedeutung und der Ausgestaltung einer subjektiven Rechtswidrigkeit, die, wie wir noch sehen werden, das noch geltende Recht bereits kennt, von großer Wichtigkeit zu sein, eine Frage, deren philosophische Fundierung namentlich von Thon, Merkel, vor allem aber von Hold bereits vorgenommen ist, deren Bedeutung für unser geltendes oder ein zu schaffendes Recht aber keineswegs hinreichend gewürdigt wurde.

Sucht man eine Antwort auf die Frage: was ist rechtswidrig? darf man an der Vorfrage: was ist Recht? nicht vorübergehen.[2])[3]) — Das Recht stellt sich uns dar zunächst als eine Summe von Normen, welche, ausgehend von einer Gemeinschaft, ihr als deren Wille zugerechnet werden und die dazu bestimmt sind, eine soziale Wirklichkeit zu schaffen. Es ist somit eine Summe von Wollensbedeutungen, insofern ein Komplex von Sätzen, die sich an den Rechtsuntertan wenden, um von ihm etwas zu fordern, Anforderungen an ihn zu stellen, die aber auch Bezug nehmen auf eine zu ordnende Wirklichkeit, denn ohne das Vorhandensein eines Substrats, auf das sich der rechtliche Ordnungswille bezieht, wäre das Recht der Konkretisierung unfähig. Wie wir bereits gesehen haben, hat das Recht aber noch eine andere Wirklichkeitsseite: es gilt, es lebt im Rechtsuntertan als Rechtsbewußtsein und als Motiv zu rechtlichem Handeln. Jede einseitige Betrachtung des Rechts, sei es im Hinblick auf seine Sinnseite oder Wirklichkeitsseite, muß zu jener „Engigkeit“ führen, die wir oben gerügt haben. „Der Psychologismus in der Rechtsdogmatik hatte einst in der Wirklichkeit des Rechts als geistiger Macht . . . das Recht gesehen. Damit war der Dualismus von Sein und Sinn, von Wirklichkeit und Wert, von Existenz und Bedeutung . . . außer acht gelassen.“[4])

---

[1]) v. Gemmingen, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Vorwort, S. XI.

[2]) anders, wer das Unrecht als das Primäre auffaßt, wie Hegel, a. a. O., § 82 und Elster, Handwörterbuch d. Rechtswissensch., Bd. IV, S. 739.

[3]) Wir können uns hier kurz fassen; ich verweise im einzelnen auf Gemmingen, a. a. O., namentlich S. 23 ff.

[4]) Gemmingen, a. a. O., S. 11.

Haben wir aber einen Dualismus[5]) im Rechtsbegriff erkannt, muß auch die Rechtswidrigkeit einen solchen dualistischen Charakter haben. Sowohl der Sinnseite wie auch der Wirklichkeitsseite des Rechts entspricht je eine eigenartige Rechtswidrigkeit. In der ersteren Bedeutung kann rechtswidrig nur sein das Zurückbleiben menschlichen Verhaltens hinter rechtlichen Anforderungen, in der zweiten Bedeutung ist rechtswidrig ein Angriff auf das Regelungssubstrat.[6]) Das wurde bisher nicht genügend beachtet: „Der überkommene Begriff objektiver Rechtswidrigkeit ist ein Mischgebilde aus Anforderungswidrigkeit und Substratwidrigkeit. Denn er wird gemeinhin gefaßt: von seiner formellen Seite her als Verbotensein (Normwidrigkeit) und materiell als äußere Störung (in Form einer Verletzung oder Gefährdung des konkreten Ordnungszustands)".[7]) — Anforderungswidrig ist demnach jedes verbotene Verhalten, mag es das Regelungssubstrat, den rechtlich geschützten Kulturzustand verletzen oder nicht; verboten aber kann nur menschliches Verhalten sein. Durch das „Verhalten" der Natur mag das Regelungssubstrat eine Einbuße erleiden und insofern rechtswidrig sein, aber verboten ist es nicht. Es muß aber ein Verhalten schon als anforderungswidrig bezeichnet werden, wenn auch das Pflichtsubjekt den Imperativ nicht vernommen hat, gar nicht vernommen haben kann.[8]) D. h. die Anforderungen des Rechts bestehen zunächst ohne Rücksicht darauf, wie das Psychische im Täter sich dazu verhält. Erst auf dem Umweg über den Inhalt konkreter Anforderungen, über den Inhalt von Verboten, z. B. denen des Strafgesetzes, ist eine Erfassung der Anforderungen an die Täterpsyche möglich. Einen ähnlichen Gedankengang verfolgte ja schon Binding, der hierbei allerdings nicht den Inhalt von Verboten (oder Geboten), den Inhalt von Anforderungen maßgeblich sein lassen wollte, sondern den Inhalt der jeweils verletzten subjektiven Rechte, was aber die leidige Folge hatte, daß im Deliktsrecht plötzlich von der Verletzung subjektiver Privatrechte abgesehen wurde, um den Blick einseitig auf das subjektive Recht des Staates auf Botmäßigkeit, das es wahrscheinlich gar nicht gibt,[9]) zu wenden. Man müßte schon fragen, was Binding aber unterlassen hat, ob der Staat nicht über das Deliktsrecht hinaus Botmäßigkeit fordert, ob er nicht vielleicht verlangt, daß die Eltern ihre Kinder richtig erziehen, daß ein Ehegatte den anderen nicht böswillig verläßt. Welche Anforderungen der Staat hier stellt, Anforderungen, die etwa über das hinausgehen, was der betroffene Rechtsunterworfene vom

---

[5]) Er wird anerkannt auch von Berges, Der gegenwärtige Stand, S. 73 ff.

[6]) oder die Geltungswirklichkeit. In der Geltungswidrigkeit sieht v. Gemmingen eine dritte Erscheinungsform objektiver Rechtswidrigkeit, die er für die Abgrenzungsfrage von untauglichem und lächerlichem Versuch zu verwerten sucht. Eine Auseinandersetzung mit dem Geltungsphänomen des Rechts kann in diesem Zusammenhang nicht erfolgen. Vgl. aber noch unten S. 99.

[7]) Gemmingen, Die Erfassung, S. 109.

[8]) „Daß der Säugling in der Wiege den auf ihm lastenden Pflichten nicht genügt, wenn seine Schulden vom Vormund nicht bezahlt werden, ist eine dem Recht geläufige und unentbehrliche Vorstellung". Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 24, Anm. 5.

[9]) Die Anschauung beruht auf der Auffassung vom Staat als Vertragspartner des Staatsvertrags und demgemäß als juristische Persönlichkeit, die der Rechtsstaatsideologie des 19. Jahrhunderts angehört. Vgl. Schaffstein, DJZ 1934, S. 1174.

Täter verlangen kann, wird schwer festzustellen sein, interessiert hier aber auch nicht weiter, da nur die Anforderungen einer Prüfung unterzogen werden sollen, die der Staat durch das Strafrecht zum Ausdruck gebracht hat. Wegen der hier zunächst objektiv gefaßten Anforderungswidrigkeit ist eine Betrachtung des Rechts als entweder von der Bewertungsnorm oder der Bestimmungsnorm abgeleitet, nicht am Platze.[10])

Was die Substratwidrigkeit[11]) anbetrifft, ist zu sagen, daß sie an sich nicht mit der Verletzung von Rechtsgütern identifiziert werden darf; wenigstens darf dann der Begriff des Rechtsguts nicht so eng gefaßt werden, daß ihm schon ein naturwissenschaftlich erfaßbarer Gegenstand oder ein tatsächlich vorhandenes Interesse, „ein subjektives Wertgefühl"[12]) des durch die Rechtsordnung zu Schützenden gerecht wird, oder das Durchschnittsinteresse oder ein sonstiges Angriffsobjekt. Das Substrat rechtlicher Ordnung, der kulturelle Zustand, kann auch ohne das Vorhandensein eines solchen in Mitleidenschaft gezogen werden; man spricht hier allgemein von einer Verletzung des Schutzobjekts.

Der Unterscheidung von Substratwidrigkeit und Anforderungswidrigkeit scheint mir nun eine erhebliche Bedeutung beizukommen; nur sie, glaube ich, ist in der Lage, das Problem der Rechtswidrigkeit zu fördern. Sie zeigt aber auch gleichermaßen, wie unrichtig die Gegenüberstellung ist vom Recht als Bestimmungsnorm oder als Bewertungsnorm. Die Unterscheidung ist andererseits, so wie sie hier vorgenommen werden soll, aber auch nicht ganz neu, unterscheidet doch schon Beling[13]) die Rechtswidrigkeit der Tätigkeit von der des durch diese Tätigkeit geschaffenen Zustandes.

Zunächst ist zu bemerken, daß es rechtswidrige Handlungen gibt, welche eine Rechtswidrigkeit, d. h. eine Substratwidrigkeit bewirken, wie etwa eine Tötungshandlung den Tod eines Menschen, die Fesselung eine Freiheitsberaubung; daneben aber Handlungen, die rechtmäßig sind, obgleich sie eine Substratwidrigkeit bewirken. Man braucht hier keineswegs an Amtshandlungen zu denken, zumal mindestens die Fälle, wo die Amtshandlung, selbst rechtmäßig ausgeübt, auch rechtlich begründet ist, gar keine Substratwidrigkeit zur Folge haben, sondern man mag vielmehr z. B. auf § 904 BGB verweisen. Aus dieser Bestimmung geht unmittelbar hervor, daß das Substrat mangels eines Schadensersatzanspruchs auf seiten des unbeteiligten Dritten eine Einbuße erleiden würde oder — anders ausgedrückt — der Schadensersatz die Substratwidrigkeit heilen soll. Hierher gehören auch Fälle, wie die prozessual rechtmäßige Verhaftung eines Unschuldigen, die Vollstreckung eines unrichtig entschiedenen Zivilrechtsfalls, die Pfändung und Veräußerung der Sachen Dritter, wohl auch die Verstrickung durch Pfändung ohne Bestehen einer zu sichernden Forderung. —

---

[10]) Die beiden Funktionen des Rechts, die Bestimmungs- und die Bewertungsfunktion werden eben (fälschlich) nicht hinsichtlich desselben Gegenstandes betrachtet. Vgl. Liszt-Schmidt, 1932, S. 223, Anm. 3, und S. 224, Note 2.

[11]) Der nicht gerade schöne Ausdruck Gemmingens soll in Ermangelung eines besseren weiter verwandt werden. Die Substratwidrigkeit spielt in ausschließlicher Weise eine Rolle vor allem bei der „Rechtswidrigkeit" des Notwehrangriffs.

[12]) Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 33.

[13]) Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 202 ff.

Ferner gibt es auch Handlungen, die rechtswidrig sind, obgleich sie das Substrat nicht verletzen, wie z. B. — nach Ansicht des RG — Versuch und Teilnahme,[14]) sicher aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes gewisse Absichtsdelikte[15]) und die zu diesen in Parallele stehenden Sorgfaltsdelikte[16]) (abstrakte Gefährdungsdelikte).

Woraus ergibt sich nun, so muß man fragen, die Verschiedenheit der Anforderungen, die die Rechtsordnung mit oder ohne Rücksicht auf die Verletzung des Substrats aufstellt? Hält man die Rechtswidrigkeit stets für Substratwidrigkeit, für „Bewertungsnorm"-Widrigkeit, so ergeben sich nur zwei Möglichkeiten für die Erklärung rechtmäßiger Handlungen, nämlich nach dem Prinzip des mangelnden Interesses am geschützten Rechtsgut und nach dem des überwiegenden Interesses gegenüber einem minderwertigen Rechtsgut.[17]) Diese beiden Prinzipien lassen sich aus dem bürgerlichen Recht sehr wohl abstrahieren: sie ergeben sich klar aus der gesetzlichen Regelung von Einwilligung und Genehmigung, Notwehr, Notstand, Selbsthilfe und anderen. Dazu weisen die vielen Generalklauseln des bürgerlichen Rechts[18]) auf einen Bewertungsmaßstab hin, der unmittelbar auf die Schaffung oder Erhaltung des kompossiblen Maximums der Interessenbefriedigung[19]) hinweist. Die herrschende Lehre glaubt nun, diesen Maßstab auf das Strafrecht ausdehnen zu können. Dann aber ist die Frage berechtigt: warum ist es angängig, den Unrechtsausschluß nach den im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gekommenen Prinzipien auch ins Strafrecht zu übernehmen (z. B. Notwehr (?), Notstand, Einwilligung, Genehmigung (?)), wenn dieses sich zur Begründung strafbaren Unrechts, wie Teilnahme, Versuch, abstrakte Gefährdung usw., vor allem aber in Bezug auf Tatbestandsmäßigkeit anderer, eigener Prinzipien bedient? Mit andern Worten: kann man ein sich aus dem Prinzip des kompossiblen Maximums der Interessenbefriedigung hergeleitetes Resultat, wie die Unrechtsausschließungsgründe des BGB, für ein Rechtsgebiet verwerten, wenn ein anderes, aus dem gleichen Prinzip abgeleitetes Ergebnis, welches die Negation des ersteren darstellt, nämlich das der Unrechtsbegründung, für dieses Gebiet gänzlich unbrauchbar ist? Es ist dies eine Frage, welche die Anforderungswidrigkeit betrifft, sie ist daher nicht lösbar ohne Eingehen auf eine Betrachtung des Inhalts der Anforderungen, die uns gleichzeitig über den Zweck der Anforderungen Aufschluß geben. Es ist doch gar nicht zu übersehen, daß das Strafrecht von den im bürgerlichen Recht geregelten Substratwidrigkeiten durch das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit eine Auslese vornimmt und somit die Substratwidrigkeit umfänglich einschränkt und zwar, mit Rücksicht auf den Zweck der Strafe und des Verbots, nach einem bestimmten Prinzip, das aber in nichts anderem gefunden werden kann als in der Strafwürdigkeit. Die herrschende Lehre glaubt nun, alles getan zu haben, wenn sie in Ansehung

---

[14]) Daß es sich bei den subjektiven und objektiven Theorien um eine Frage der Rechtswidrigkeit handelt, darf wohl feststehen.

[15]) Vgl. S. 40 ff.

[16]) Vgl. S. 50 ff.

[17]) So Mezger, Lehrbuch, § 27 und schon in GS 89.

[18]) Vor allem §§ 157, 242, 226, 826, 723; auch 133 HGB. Dem gleichen Gedanken entspringt auch die clausula rebus sic stantibus.

[19]) Mezger, GS 89, S. 249.

der Unrechtsausschließungsgründe dem Erfordernis jener nach teleologischen Gesichtspunkten erfolgten Auslese dadurch Genüge leistet, daß es in Fällen der „Zustimmung" die „Genehmigung" ausschließt,[20]) oder die Einwilligung über den Umfang einer rechtsgeschäftlichen Einwilligung hinaus anerkennt;[21]) sie übersieht aber, daß das Strafgesetz auch von einer Substratwidrigkeit gänzlich absieht,[22]) für den Unrechtsausschluß also bedeutsam werden kann, was sich aus einer teleologischen Betrachtung des Substratschutzes, des Schutzes für das kompossible Maximum der Interessenbefriedigung nicht ergibt. Ist hier die Unrechtsbegründung nicht durch das Vorliegen einer Substratwidrigkeit gegeben, kann dem Mangel der Substratwidrigkeit von vornherein keine Bedeutung zukommen.[23]) Das Substrat, jene „objektive Lebensordnung", jener „kulturelle Zustand" allein ist aber das, auf was sich die objektiven Bewertungsnormen des Rechts angeblich beziehen; substratwidrig ist das, was der Bewertungsnorm widerspricht. In allen Fällen, wo die Substratwidrigkeit keine Rolle spielt, ist also eine Ableitung der Rechtswidrigkeit aus dem Recht als Bewertungsnorm ausgeschlossen. Es kann aber darüber kein Zweifel sein: „Wir bedürfen einer Orientierung alles Rechts und alles Strafrechts in erster Linie an objektiven Gesichtspunkten."[24]) Denn selbst in Fällen der Bestrafung verbrecherischer, d. h. schuldhaft vorsätzlicher oder fahrlässiger, äußerlich indifferenter Betätigung, bedarf die Frage: verbrecherisch in Bezug worauf? der Lösung; die gesamte Schuldlehre bedarf daher jener Orientierung des Rechts.[25]) Wir dürfen aber nicht daran vorübergehen,

---

[20]) Vgl. z. B. Mezger, GS 89, S. 289; Der Fall der Genehmigung unterscheidet sich übrigens von dem der Zustimmung garnicht im Hinblick auf die Substratwidrigkeit, die ja beide Male fehlt, sondern nur, hinsichtlich der Anforderungswidrigkeit. Also: Verbotensein ohne Rechtswidrigkeit.

[21]) Vgl. z. B. Mezger, a. a. O., S. 271 ff.

[22]) Vgl. unten S. 43 ff.; 52 A. 74; 71 ff.

[23]) Vgl. unten S. 44; S. 77 ff.; 81 ff.

[24]) Mezger, GS 89, 242.

[25]) Bei einem stark subjektivierten Tatbestand handelt es sich zwar nicht um das Verwirklichen, wohl aber um das Verwirklichenwollen. Deshalb kann auch ein subjektives Strafrechtssystem, wie das in Aussicht genommene Willensstrafrecht, festgefügte, irgendwie objektiv orientierte Tatbestände nicht entbehren. Eine Preisgabe dieser müßte zur „Chaotisierung" führen (Mezger, in DJZ 1934, S. 100—101). Für ein solches System, dessen Tatbestände „gesetzlich typisiertes Wollen" enthalten (Gemmingen, JW 1933, S. 2372, 2), wird die Herausarbeitung des Rechtsguts doppelt wichtig sein (Mezger, a. a. O.). Die Beziehung von Schuld und objektiver Rechtswidrigkeit wird vollends hergestellt, wenn und soweit zur Schuld das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört. Der Mangel genügender Herausarbeitung des Rechtsguts bei der Tatbestandsbildung hat zur Folge, daß das Verbot selbst den Charakter eines Tatumstandes annehmen würde, und demnach eine diesbezügliche Unkenntnis nach § 59 StGB den Vorsatz ausschließen müßte. (Vgl. Weinberg, Verbotsirrtum, S. 55), m. a. W. die Verbotskenntnis würde allgemein gefordert werden müssen. — Für die Schuldlehre wird denn auch der Gedanke des Rechtsguts zuweilen ausdrücklich verwertet. So vor allem von Köhler (Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904). Für Köhler ist „Rechtsgut" alles das, was im Falle des Vorsatzes gekannt sein müsse, damit von der Handlung des Täters gesagt werden könne, sie charakterisiere sich als vorsätzlicher Angriff. Der eigens für die Schuldlehre von ihm konstruierte Rechtsgutsbegriff deckt sich allerdings nicht immer genau mit dem, auf den die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit zurückgreift.

daß das Strafrecht durch seine Tatbestände auch Anforderungen stellt, deren Inhalt nach der objektiven Seite nicht unmittelbar das verletzte Interesse (Schutzobjekt) erkennen läßt, ja sogar Anforderungen dieser Art kennt, deren Nichtbefolgung zu einer Haftung für die bloße Verursachung der Interessenverletzung führt, also zu einer Haftung für etwas, was über die speziellen gesetzlichen Anforderungen hinausgeht. Jene Abstrahierung des objektiven Tatbestands vom verletzten Rechtsgut, die im Verwaltungsrecht, insbesondere im Polizeirecht, angetroffen wird — man denke nur an die sogenannten Verkehrsregeln — ist bei den Tatbeständen des Strafrechts allerdings eine Ausnahme.

In den gen. Fällen aber bedarf sowohl die Vorsatzlehre wie auch die Lehre von der Rechtswidrigkeit einer Korrektur.[26]) Im Sinne von anforderungswidrig vermag nun die Rechtswidrigkeit gemäß dem imperativischen Charakter des Rechts in zweierlei Weise aufzutreten, erstens im Sinne von anforderungswidrig bezüglich äußeren Handelns und zweitens in dem Sinne, daß die Motivation hinter den Anforderungen des Rechts zurückbleibt. Im Sinne der ersteren nicht widrig ist die Notstandshandlung des § 904 BGB, obgleich, wie aus dem Schadensersatzanspruch sich ergibt, eine Substratwidrigkeit hervorgerufen wird. Daß auch ein Geisteskranker rechtswidrig im Sinne von substratwidrig oder objektiv anforderungswidrig handeln kann, dürfte nicht zweifelhaft sein; nicht anders ist es beim „Säugling in der Wiege", wenn seine Schulden nicht bezahlt werden.

Ebensowenig nun, wie die objektive Anforderungswidrigkeit[27]) mit der Substratwidrigkeit identisch ist, ist es die Bestimmungsnormwidrigkeit,[28]) der Widerspruch gegen die als Sollen gewendete Wertung eines Guts[29]) mit der subjektiven Anforderungswidrigkeit, der Schuld: so sagt Goldschmidt:[30]) „Es gibt Rechtsnormen und muß solche geben, welche . . . die Anforderungen regeln, die an das sich Bestimmenlassen durch die Pflichtvorstellung gestellt werden." (In einem anderen Sinne gebraucht Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 33 das Wort „Anforderung" bezüglich der subjektiven Seite.) Wenn man also schon die „Bewertungsnorm" der „Bestimmungsnorm" gegenüberstellt, muß man sie mindestens auf denselben Gegenstand, nämlich „die objektive Lebensordnung" beziehen. Dann darf man sich allerdings für das Strafrecht, dessen einziger Inhalt Verbote, d. h. Anforderungen sind, der Erkenntnis nicht entziehen, daß die objektiven Anforderungen von der Substratwidrigkeit, der Bewertungsnormwidrigkeit, losgelöst sein können,[31]) andererseits, daß die subjektive Anforderungswidrigkeit etwas anderes ist als die Bestimmungsnormwidrigkeit. Auch ein Kind kann bestimmungsnormwidrig handeln, subjektiv anforderungswidrig, d. h. vorwerfbar dagegen nie. Man darf sich ferner nicht der Erkenntnis entziehen, daß das Strafrecht in seiner Ge-

---

[26]) Vgl. unten S. 44, 48 ff.; 71 ff.; 81 ff.

[27]) d. h. hinsichtlich ihrer Beziehung zum Rechtsgut.

[28]) in ihrer motivationserheblichen Bedeutung.

[29]) v. Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 209.

[30]) Normativer Schuldbegriff, S. 441

[31]) In dieser Hinsicht werden Anforderungs- und Substratwidrigkeit bei Gemmingen, (Rechtswidrigkeit) nicht gewürdigt.

samtheit ein Komplex von Bewertungsnormen ist.[32]) Das letztere kann man bestreiten, etwa mit dem Hinweis darauf, daß die Bewertungsnormen für die psychische Seite, die Goldschmidtschen „Pflichtnormen", nichts als inhaltlich begrenzte Bestimmungsnormen sind. Dann aber ist die Gegenüberstellung von Bewertungsnormen und Bestimmungsnormen überhaupt verfehlt.[33]) Die Gegenüberstellung von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm hat nur dann Sinn, wenn damit ein Hinweis auf die Wertungsfunktion des Rechts einerseits und auf seinen imperativischen Charakter andererseits gegeben sein soll. Dann ist es aber ebenso falsch, der Bestimmungsnorm, dem „Imperativ", die subjektive Tatbestandsseite als Domäne anzuweisen, ein Fehler, dem Thon jedenfalls nicht verfallen ist,[34]) als ebenso ausschließlich die Bewertungsnorm der objektiven Tatbestandsseite zuzurechnen.[35])

---

[32]) Vgl. dazu die guten Ausführungen von Gemmingen, Rechtswidrigkeit des Versuchs, S. 30, 31.

[33]) Vgl. unten S. 57; 58 ff.; 108 ff.

[34]) Die zutreffende Unterscheidung nimmt auch Berges, Der gegenwärtige Stand, S. 76, 82, vor.

[35]) Ebenso wohl Gemmingen, a. a. O.

§ 5. Verbotswidrigkeit und Rechtswidrigkeit, insbesondere bei den Absichtsdelikten und den abstrakten Gefährdungsdelikten.

Wenden wir uns aber zunächst dem Nachweis für die oben schon ausgesprochene Behauptung zu, daß unser geltendes Strafrecht rein subjektive Rechtswidrigkeitsbegründung kennt, ferner einer Betrachtung darüber, welche Bedeutung der subjektiven Rechtswidrigkeit zukommt und welche Folgerungen aus ihr abzuleiten sind. Desgleichen bedarf noch einer Prüfung, ob mit der Antithese vom Recht als Bewertungs- oder Bestimmungsnorm der Gegensatz von subjektiver und objektiver Rechtswidrigkeit gekennzeichnet ist.

Unser geltendes Strafrecht kennt sicher sehr viele Fälle rein subjektiver Rechtswidrigkeitsbegründung, die alle darzustellen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Beschränken wir uns auf die Behauptung, daß eine solche gegeben sei im Falle der „echten Absichtsdelikte" und der abstrakten Gefährdungsdelikte. Mit Rücksicht auf die Verwandtschaft der echten Absichtsdelikte mit dem „Versuch", kommt einer Erörterung jener grundsätzliche Bedeutung zu, besonders auch im Hinblick auf das kommende Strafrecht, welches gemäß seiner Tendenz, die Verteidigungslinie im Strafrecht vorzuschieben,[1]) den Versuch allgemein und „in Wahrheit"[2]) bestraft wissen will.

Es handelt sich also um die Frage, worin bei den echten Absichtsdelikten die Anforderungen bestehen, die das Strafgesetz an den Rechtsunterworfenen stellt. Die Beantwortung der Frage erheischt eine Besinnung darauf, daß der Strafgesetzgeber Anforderungen nur mit Rücksicht auf die Strafwürdigkeit eines Verhaltens ausspricht und nicht, wie etwa das bürgerliche Recht, mit Rücksicht auf eine irgendwie geartete Heilung, bestehe sie nun in Schadensersatz, in Schaffung einer neuen Rechtslage, wie bei den Gestaltungsrechten, oder in sonstigen auf Wiederherstellung eines rechtlich geordneten, sozial gerechten Zustands abzielenden Reaktionen. Heilen kann man aber nur, wo verletzt worden ist; daher die Tatsache, daß das bürgerliche Recht allgemein nur an Verletzungstatbestände anknüpft. Knüpft hingegen das Strafgesetz an Verletzungstatbestände an, tut es dies nur wegen einer erhöhten Strafwürdigkeit. Nun ist soviel sicher, „daß es nicht nur in der Naturwissenschaft, sondern auch in den Geisteswissenschaften einen Fortschritt bedeutet, wenn man etwas bisher nur als Einheitliches Vorgestelltes" — gedacht ist hier an die Einheit von Unrecht und Schuld; das ist aber gerade das, auf was sich die

[1]) Vgl. oben S. 2.

[2]) Vgl. unten S. 74—77.

Strafwürdigkeit eines Tatbestandes bezieht — „in weitere Bestandteile zu zerlegen vermag."[3]) Die Strafwürdigkeit ist also in „Bestandteile" zerlegt, besser, der strafwürdige Tatbestand ist zerlegt in Elemente, an die sich ein Strafwürdigkeitsurteil zu knüpfen vermag, nämlich in einen inneren, subjektiven Tatbestand, auf den sich das Schuldurteil bezieht, und einen äußeren, objektiven Tatbestand, auf den sich das Rechtswidrigkeitsurteil bezieht. Daß diese Zweiteilung durch subjektive Unrechtselemente gefährdet wird, interessiert hier zunächst nicht. — Die Strafwürdigkeit ist nun immer die Ursache dafür, daß der Strafgesetzgeber Verbote aufstellt, und zwar so viele Verbote, wie Strafwürdigkeitselemente vorhanden sind. Dem entspricht das Verbot, sich nicht in bestimmter Weise zu motivieren, dessen Verletzung Schuld begründet, und das Verbot, gewisse Rechtsgüter nicht zu verletzen, dessen Mißachtung die Rechtswidrigkeit ausmacht.

Diese Auffassung liegt wohl auch dem Satz Belings zugrunde:[4]) „Offenbar müssen, da die Vergeltung von Rechtswidrigkeit und Schuld abhängig gemacht wird, diese beiden Begriffe etwas Verschiedenes sein; sie müssen andererseits beide eine Wertung ausdrücken,, derart, daß erst ihr Zusammentreffen den Mißwert der Tat kennzeichnet, ohne den im Sinne der Rechtsordnung das Strafleiden ungerechtfertigt wäre." Darüber hinausgehend meint Thierfelder:[5]) „Wir müssen so weit gehen, die Wertungen Unrecht und Schuld als wissenschaftlich, systematisch ausgegliederte Teilwertungen anzusehen."[6])

Eine sehr wichtige Ausgestaltung dieser Erkenntnis bedeutet die Verselbständigung dieser Teilwertungen durch die Unabhängigerklärung der „Pflichtnormen" durch Goldschmidt. Sie bedeutet — jedenfalls im Resultat — einen völligen Bruch mit jener liberalistischen Auffassung: „Ohne Unrecht keine Schuld",[7]) die, wie noch zu zeigen ist, letztlich zu der unglücklichen Lehre von den subjektiven Unrechtselementen geführt hat. Für die Anhänger des Satzes: Ohne Unrecht keine Schuld, ist die Rechtswidrigkeit nicht nur Teilwertung, Strafwürdigkeitskomponente, sondern Voraussetzung für die Rechtserheblichkeit eines Tatbestandes überhaupt.

Sieht man die „bloße" Verletzung von Rechtsgütern[8]) als das an, was den objektiven Tatbestand zum (äußerlich) rechtswidrigen macht, so bezieht sich bei Verletzungstatbeständen das Rechtswidrigkeitsurteil auf denselben Tatbestand wie das äußere Strafwürdigkeitsurteil, d. h. das Rechtswidrigkeitssubstrat ist identisch mit dem auf den objektiven Tatbestand bezüglichen Strafwürdigkeitssubstrat und deshalb auch mit der äußeren, auf den objektiven Tatbestand bezüglichen Verbotswidrigkeit. Bei Verletzungstatbeständen gilt also der Satz, daß äußerlich rechtswidrig, d. h. der „objektiven Lebensordnung", formell der Bewertungs-

---

[3]) H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, 1911, S. 137.

[4]) Methodik, 1922, S. 67.

[5]) Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, S. 8, Anm. 13.

[6]) Daß auch die sich anschließende Behauptung richtig ist, man könne auf Grund dieser Erkenntnis der Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit begegnen, darüber vgl. unten S. 94 ff.

[7]) Mezger, GS 89, S. 250.

[8]) Von Unrechtsausschließungsgründen muß hier natürlich abgesehen werden.

norm widersprechend, alles das ist, was äußerlich verboten ist. Die „Rechtswidrigkeit" kann also in Fällen, wo die Verletzung von Rechtsgütern verboten ist, von der Bewertungsnorm abgeleitet werden; denn hier entspricht der Rechtswidrigkeit ein Strafwürdigkeitsfaktor. Ob man darüber hinaus berechtigt ist, jene Ableitung der Rechtswidrigkeit vorzunehmen, soll hier nicht weiter geprüft werden. Beschränken wir uns darauf, Fälle zu erörtern, wo dies jedenfalls nicht geschehen kann. Doch darf man hier aber nicht auf den „Versuch" und die „Teilnahme" verweisen, denn mangels präziser gesetzlicher Vorschrift, kann die Frage nicht eindeutig entschieden werden,[9]) und ist daher bis heute bestritten. Anders bei einer Gruppe von Fällen, die mit dem Versuch große Aehnlichkeit aufweisen, nämlich bei den Absichtsdelikten. Die Frage lautet hier: ist die Handlung verboten, obgleich sie keinen äußerlich gemeinschaftsschädlichen, rechtsgutverletzenden Charakter hat, nicht geschützte Interessen in Mitleidenschaft zieht, sondern nur wegen ihrer Eigenschaft als — äußerlich indifferente — pflichtwidrige Betätigung? Auch diese Frage ist bestritten. Unseres Erachtens kann sie aber eindeutig gelöst werden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist sie überhaupt nur deshalb Gegenstand hartnäckiger Erörterung, weil die Lehre der von der Bewertungsnorm abgeleiteten Rechtswidrigkeit sich hier bemüht, einen Posten zu halten, der längst verloren ist.

Zunächst ist erforderlich, eine Analyse der Absichtsdelikte vorzunehmen, um diejenigen Fälle auszuscheiden, die für die Lösung unseres Problems nicht brauchbar sind. Es geschieht dies im Anschluß an Zimmerl,[10]) dessen Terminologie hier gleichfalls verwandt werden soll. Die Unterscheidungen, die Zimmerl hier vornimmt, sollen die Suche nach subjektiven Unrechtselementen erleichtern. Doch kommt uns die Unterscheidung durchaus zugute, wenn wir das Vorhandensein objektiven Unrechts verneinen wollen. Vielleicht ist noch die Hervorhebung wichtig, daß Zimmerl Vertreter einer Rechtswidrigkeitslehre ist, die eine gewisse Synthese zwischen imperativischer und objektivistischer Auffassung darstellen soll. „Man mag sich dagegen wehren, hier (gemeint ist eine Rechtsgutsverletzung durch Hochwasser und dergl.) von Rechtswidrigkeit zu sprechen. Dann möge man es anders nennen . . . Man möge zwischen „verboten" und „rechtlich mißbilligt" unterscheiden . . . Damit wäre eine Vereinigung der beiden einander widerstreitenden Ansichten erzielt."[11]) „Die Rechtsordnung ist eine Summe von Normen, welche das menschliche Gemeinschaftsleben regeln, an welchen wir menschliches Verhalten (!) und solche Zustände (!) messen, welche rechtlicher Regelung ihrer Natur nach zugänglich sind."[12]) Die Konsequenzen bezüglich des „menschlichen Verhaltens" werden aber nicht bis zu Ende gezogen, denn auch hier soll überall für die Frage der „Widerrechtlichkeit" der rechtsgut-verletzende Charakter der Tat ausschlaggebend sein.[13])

Wenden wir uns nun den Absichtsdelikten zu. Auszuscheiden haben nach Zimmerl zunächst die Fälle, wo Absicht mit Schuld identisch ist,[14])

---

[9]) So auch RGSt 1, 440/41.

[10]) Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 31 ff.

[11]) Zimmerl, a. a. O., S. 5.

[12]) Zimmerl, a. a. O., S. 6.

[13]) Vgl. z. B. Zimmerl, a. a. O., S. 33, 35, 41.

[14]) Zimmerl, a. a. O., S. 31.

ferner die sogenannten „unechten" Absichtsdelikte, d. h. solche, bei denen das, worauf die Absicht sich richtet, gar kein Uebel darstellt, welches die Rechtsordnung vermieden wissen will. Diese letzteren Delikte sind daher auch keine sogenannten koupierten Erfolgsdelikte. Uns interessieren lediglich die echten Absichtsdelikte, also die, wo der Täter einen Zweck verfolgt, der rechtlich mißbilligt ist, weil er ein zu vermeidendes Uebel darstellt.[15]) Im Anschluß an Mezger geht Zimmerl davon aus, daß das einfache Wollen der äußeren Handlung kein subjektives Unrechtselement darstellen kann, weil dem rechtsgutverletzenden Charakter der Handlung hierdurch nichts hinzugefügt würde. Das Kriterium, welches Mezger hier zur Anwendung bringe, sei „überhaupt das einzig mögliche". Mezger behauptet nun,[16]) daß in zwei Fällen dem rechtsgutverletzenden Charakter der Tat durch sinnerfülltes Wollen etwas hinzugefügt werde, nämlich dann, wenn die Handlung gewollt sei als objektiver Grund zu weiterer Folge (Absichtsdelikte in engerem Sinne) oder als subjektives Mittel zu weiterem Handeln (verkümmert zweiaktige Delikte). Diese Behauptung geht nach der Ansicht Zimmerls ebenso fehl wie die weitere, daß sich die Rechtswidrigkeit des Versuchs ebenfalls aus dem sinnerfüllten Wollen, das auf die Vollendung gerichtet sei, ergebe, daß auch hier das sinnerfüllte Wollen ein subjektives Unrechtselement darstelle.[17]) Es wird also eine Parallele zwischen Versuchs- und Absichtsdelikten gezogen. Was den letztgenannten Fall anbetrifft, so lehnt Zimmerl ab wegen der Folge, daß, wenn das gesamte sinnerfüllte Wollen zum Unrecht gehöre,

1. „der gesamte Vorsatz zum Unrecht geschlagen würde",[18]) der Irrtum daher nicht die Schuld ausschließen könnte, sondern Mangel an Tatbestand bewirken müßte, und
2. daß ferner ein solcher Irrtum wegen des Mangels der Rechtswidrigkeit die Möglichkeit der Notwehr ausschließe.[19])

Der Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal müsse immer die gleiche Bedeutung haben, er könne nicht einmal Entschuldigungsgrund, ein andermal Rechtfertigungsgrund sein.[20]) Was den Fall des Versuchs anbetrifft, so lehnt Zimmerl deshalb ab, weil die Auffassung von der auf den Erfolg gerichteten Absicht als eines subjektiven Unrechtselements zur Folge habe, daß bei fahrlässigen Erfolgsdelikten die Handlung gar nicht rechtswidrig sei.[21])

Was den Einwand Zimmerls zum Fall der Absichtsdelikte angeht, ist zu sagen: hier muß in der Tat der gesamte Vorsatz zum Unrecht geschlagen werden, denn die Absichtsdelikte weisen eine ganz andere Struk-

---

[15]) Zimmerl, a. a. O., S. 40.
[16]) Vom Sinn, S. 21.
[17]) Mezger, Vom Sinn, S. 23.
[18]) Zimmerl, a. a. O., S. 34.
[19]) Dieser Einwand gilt auch dem Versuch, der ja vor der Vollendung noch Absichtsdelikt ist. Ueber die schon methodische Verfehltheit des darauf bezüglichen Einwandes vgl. die treffenden Ausführungen von Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 434/5.
[20]) Zimmerl, a. a. O., S. 35.
[21]) Zimmerl, a. a. O., S. 16.

tur auf als die Verletzungsdelikte.[22]) Zwar ist zunächst zuzugeben, daß Schuld und Absicht nicht ein und dasselbe sind, denn die Schuld bezieht sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale, der Absicht hingegen entspricht objektiv gar nichts,[23]) sie stellt eine „überschießende Innentendenz" dar. Dieser Ueberschuß ist aber dann nicht mehr vorhanden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Absicht ein ins „Subjektive verflüchtigtes Moment des . . . interesse-verletzenden (?) Verhaltens, eine Art Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses"[24]) darstellt. Dieses Moment könnte der Gesetzgeber auch objektiv verlangen, also z. B. rechtswidrige Zueignung beim Diebstahl fordern. „Aber der Gesetzgeber will nicht soviel verlangen, es genügt ihm zur Annahme einer Interessenverletzung (?), daß äußerlich ein Gewisses getan wird mit der . . . darüber hinausgehenden Innentendenz."[25]) Der Ausdruck „Interessenverletzung" deutet hier wieder auf die unzutreffende Annahme hin, der Strafgesetzgeber bestrafe nur Interessenverletzungen. Er muß durch „Strafwürdigkeit" ersetzt werden.[25a]) Hegler stellt selbst fest,[26]) daß die „Wegnahme" als solche nicht immer Interessen verletzt, ebensowenig wie irgendeine Täuschung, die als Aprilscherz jemanden zu einer nutzlosen Anschaffung veranlaßt. Das Hinzutreten einer Absicht ändert daran nichts. Abgesehen davon ist aber festzustellen, daß aus den genannten Gründen die Absichtsdelikte als „Versuch" aufgefaßt werden können. Die Absicht hat den Inhalt, den der Vorsatz haben würde, wenn das den Inhalt der Absicht bildende Uebel zur Vollendung gehörte. Aus einem so gearteten hypothetischen Verletzungsdelikt muß die für die Schuldfrage bedeutsame Bestimmungsnorm abgeleitet werden, d. h. Wissen und Wollen der Wegnahme plus Absicht rechtswidriger Zueignung deutet darauf hin, daß die Bestimmungsnorm nicht gewirkt hat. Wird diese pflichtwidrige, verbotene Motivation betätigt, durch eine Handlung, mag diese auch, wie Hegler selbst festgestellt hat, keineswegs interesseverletzend sein, wie etwa die Wegnahme einer Sache, so verbietet der Gesetzgeber bereits.

---

[22]) Wenn Zimmerl allerdings an § 235 StGB die Ansicht Mezgers ad absurdum führen will, beweist er damit nur, daß er die Mezgersche Lehre über subjektive Unrechtselemente völlig mißverstanden hat. Diese Lehre ist doch von vornherein davon ausgegangen, Fälle zu untersuchen, wo die psychische Seite konstitutives Merkmal des Verbots war, Fälle, wo im Sinne strafrechtlicher Typizität die psychische Seite unrechtsbegründend ist (vgl. dazu Mezger, Lehrb. § 20 Anm. 8). — Soll in § 288 StGB der Irrtum des Mannes über das Eigentum wirklich den Vorsatz ausschließen? Dann wäre „Versuch", wenn er auch nicht strafbar ist, unmöglich. Das kann nicht zugegeben werden: das Merkmal „seines Vermögens" enthält gegenüber dem eigentlich zu schützenden Interesse eine Art Ueberbestimmtheit, ein darauf bezüglicher Irrtum läßt u. E. den Vorsatz bestehen.

[23]) Vgl. auch Hegler, a. a. O., S. 31, 32.

[24]) Hegler, a. a. O., S. 33.

[25]) Hegler, a. a. O., S. 33.

[25a]) Das gilt auch gegen Sieverts, S. 127/28 und S. 177 ff. Die „gefährliche Richtung" der Handlung bei Vorliegen der Absicht wird von ihm lediglich unterstellt. Von seinem Standpunkt aus zutreffender spricht er auch S. 177 von der „Funktion" der Absicht, das Unrecht — muß heißen: die Strafwürdigkeit — mit zu begründen; vgl. dazu S. 103 d. Abhandl. wie überhaupt den ganzen § 11.

[26]) Hegler, a. a. O., S. 31.

Die Struktur der Absichtsdelikte weist also die besondere Eigenart auf, daß strafwürdig bereits die pflichtwidrige Betätigung ist, gleich, ob die Betätigung ein Rechtsgut verletzt oder nicht. Die Absichtsdelikte, wie auch — nach Ansicht des Reichsgerichts — der Versuch, enthalten also nur einen Strafwürdigkeitsfaktor, also auch nur ein Verbot, nämlich das, sich nicht pflichtwidrig zu betätigen. — Daß hier die Bestimmungsnorm vom hypothetischen Verletzungsdelikt abzuleiten ist,[27]) wird nicht bestritten werden können; denn durch den Imperativ: du sollst keine Sachen wegnehmen, kann und soll man sich nicht, vom Standpunkt des Gesetzgebers aus, bestimmen lassen, einen Diebstahl (!) zu vermeiden.[28]) Die Behauptung Zimmerls, man dürfe das gesamte sinnerfüllte Wollen nicht zum Unrecht schlagen — Zimmerl lehnt aber auch ab, die „überschießende Innentendenz" zum Unrecht zu rechnen, geht also fehl. Ohne das gesamte sinnerfüllte Wollen, welches die Bestimmungsnorm des hypothetischen Verletzungsdelikts beeinflussen soll, ist eben die Tat nicht verboten, d. h. nicht rechtswidrig im Sinne strafrechtlicher Typizität; daß sie auch im Sinne einer Rechtsgutsverletzung nicht rechtswidrig ist, hat z. B. Hegler richtig ohne weiteres zugegeben. Um für die Absichtsdelikte eine „objektive" Rechtswidrigkeit zu retten, stellt es Zimmerl auf die objektive Wahrscheinlichkeit des rechtswidrigen Erfolges ab.[29]) Seine Ausführungen[30]) zeigen aber, daß bei symptomatisch mehrdeutigen Vorgängen dieses Kriterium völlig im Stich läßt;[31]) denn die „Tatbestandsmäßigkeit", welche für Zimmerl der „archimedische Punkt" ist,[32]) läßt sich eben aus dem sinnfälligen Geschehen gar nicht feststellen. Sehr richtig sagt Finger,[33]) „Erkennt man aber, daß in vielen Fällen ein sicheres Urteil ohne Heranziehung von dem Innenleben des Handelnden angehörigen Momenten nicht möglich ist, dann muß man zugeben, daß es nicht bloß das sinnenfällige äußere Geschehen ist, das Gegenstand der Beurteilung ist, sondern daß das äußere Geschehen in allen Fällen nur symptomatische Bedeutung hat und das eigentliche Objekt der Beurteilung zwar der Welt des Erkennbaren, aber nicht der Welt des Sinnenfälligen angehört." Bei Zimmerl werde „die Problematik eines Urteils in eine Problematik des Gegenstandes der Beurteilung gewandelt."[34])

Den Absichtsdelikten fehlt also, im Gegensatz zu den Verletzungsdelikten, der eine Strafwürdigkeitsfaktor, nämlich der der Rechtsgutsverletzung. Infolgedessen muß hier notwendig jeder Versuch scheitern, „Recht" und „Unrecht", d. h. das Verbotensein, aus dem rechtsgutverletzenden Charakter der Tat abzuleiten; es kann vielmehr nur aus der Strafwürdigkeit des inneren Tatbestandes abgeleitet werden, der zur — rechts-

---

[27]) Das ist auch für die Trennungsfrage bedeutsam, die uns noch bei dem Problem Schuld und subjektive Rechtswidrigkeit beschäftigen wird.

[28]) Vgl. unten S. 44/45.

[29]) Aehnl. Sauer, Grundlagen, 1921, S. 345/6.

[30]) Lehre vom Tatbestand, S. 14—16.

[31]) Vgl. dazu die Ausführungen von Klee, in Dtsch. Strafrecht, 1934, S. 286 ff. u. 292.

[32]) Finger, GS. 97, S. 389.

[33]) a. a. O., S. 391.

[34]) Finger, a. a. O., S. 390. Diesem zustimmend auch Sieverts, S. 160.

indifferenten — äußeren Betätigung geführt hat. Wir haben es hier also mit einem Fall rein subjektiver Unrechtsbegründung zu tun. (Vgl. noch S. 82.)

Dadurch ergibt sich mit Notwendigkeit die von Zimmerl gerügte Konsequenz, daß ein Irrtum hinsichtlich der Absicht Mangel am Tatbestand begründet. Daß hier ein Irrtum nicht nur die Schuld ausschließen kann, wie Zimmerl will, liegt doch auf der Hand. Doch scheint uns schon in der Annahme ein Fortschritt zu liegen, daß in den Fällen der „echten" Absichtsdelikte die Absicht zur Schuld und nicht zur Rechtswidrigkeit gehört, wie die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen glaubt feststellen zu müssen. In den Fällen, wo es sich um eine wirkliche „Vordatierung der Empfindlichkeit" handelt, wie etwa bei § 242 StGB, nicht bei § 235 StGB, müßte diese Lehre annehmen, das Sichbestimmenlassen erstrecke sich nur auf die „Wegnahme".

Hält man aber daran fest, daß das Schuldurteil an das Versagen einer Bestimmungsnorm anknüpft, wird man genötigt, auf einen Grundtatbestand[35]) zurückzugehen, der uns über das zu schützende Rechtsgut Aufklärung gibt. Die Beschränkung des Vorsatzinhaltes auf Tatbestandsmerkmale, wie das „Wegnehmen", auf Tatbestandsmerkmale, die gar nicht Gegenstand der Beurteilung sind, sondern nur symptomatischen Charakter haben, bedeutet ein Haftenbleiben am Formalen; hier ist die „Absicht" überhaupt echter Vorsatz,[36]) hätte doch sonst auch die Antithese von Bestimmungsnorm und Bewertungsnorm ihren Sinn verloren. Der Vorsatz des Wegnehmens ist sicher ebensowenig Beurteilungsgegenstand und Strafwürdigkeitskomponente wie das Wegnehmen selbst.[37]) So richtig auch Zimmerl, wenn er ausführt: „Bei den echten Absichtsdelikten gehört der Inhalt der Absicht tatsächlich zu dem Uebel, das die Rechtsordnung verhüten will, er ist an der Formulierung des speziellen Unrechtstyps mitbeteiligt, ganz genau so, wie diejenigen Elemente, welche man gemeiniglich zum Tatbestand rechnet, er gehört daher zum Tatbestand. Man ist nur dann genötigt, diese Merkmale vom Tatbestand zu unterscheiden, wenn man diesen als das, was verwirklicht sein muß, damit die Vollendungsstrafe Platz greifen könne, definiert, wozu aber nicht der mindeste Grund einzusehen ist." „Also nicht die Absicht . . . ist Tatbestandselement, sondern

---

[35]) Beling, Lehre vom Tatbestand, S. 12 redet sehr anschaulich von „Leitbild".

[36]) so richtig Liszt-Schm. 26. Aufl. § 48 II 1 bβ, S. 332, wenn er für den Fall mittelbarer Täterschaft bei § 242, den der „Absicht" entbehrenden Mittelsmann für vorsatzlos hält. Die Zurückführbarkeit dieser u. E. richtigen Ansicht auf die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ist dagegen nicht möglich, wie Liszt-Schm. fälschlich annimmt. „Die Frage . . . ist die, ob jene Vertreter der objektiven Theorie mit einem richtigen Vorsatzbegriff gearbeitet haben" (Liszt-Schm. a. a. O., S. 331 Anm. 7) (also nicht subjektives Unrechtselement!). Die Lehre von dem „absichtslosen dolosen (!) Werkzeug" ist also ein ebenso „verquältes Gebilde" (Beling), wie die Lehre von den „subjektiven Unrechtselementen", aus der die erstere entstanden ist, ein solches darstellt. Nicht jedes „freie und bewußte Handeln" (Flegenheimer, Das Problem des dolosen Werkzeugs, StrAbh. Heft 164, S. 37) ist „Vorsatz". Die Unsicherheit bei der Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Schuld zeigt sich auch sonst. Vgl. S. 78 A. 3. Unrichtig die Absicht als Schuldbestandteil stets verneinend auch Berges, Der gegenw. Stand, Anm. 178.

[37]) Vgl. unten S. 46 ff. u. 82.

das, worauf sie gerichtet ist, das Objekt der Absicht.[38]) Darin liegt eine richtige Parallele zum Versuch.[39])

Das m. E. abwegige Festhalten an dem interesseverletzenden Charakter der Handlung nur wegen Vorliegens einer auf ein Uebel gerichteten Absicht hat zu den merkwürdigsten Konsequenzen geführt. So z. B. bei Hegler,[40]) wo anläßlich des Diebstahls einerseits gesprochen wird vom „Charakter der Absicht als ‚Bestandteil' des interesseverletzenden Verhaltens", — obgleich der andere Bestandteil, der sich auf das Wegnehmen bezieht, wie Hegler selbst festgestellt hat, gar nicht existiert — andererseits der interesseverletzende Charakter der hinzutretenden Absicht geleugnet wird, wenn der Eigentümer eingewilligt hat, was dem Täter aber unbekannt geblieben ist. Hier hat die „Absicht" also nicht mehr den Charakter eines Bestandteiles des interesseverletzenden Verhaltens: die Möglichkeit der Interessenverletzung fehlt. Macht man aber die Bestrafung von dieser Möglichkeit abhängig, so genügt die Absicht — gegen das Gesetz — nicht. Hegler sagt aber ausdrücklich: „Welches Verhalten als die Interessen der im Staat organisierten Gesellschaft verletzend erscheint ..., ergibt sich in erster Linie und auf den ersten Blick (!) aus den Deliktsbeschreibungen, wie wir sie im . . . Diebstahlsparagraphen finden."[41]) Hegler springt also von der „interesseverletzenden" Absicht auf die tatsächliche Interessenverletzung über. Diese Verwirrung findet sich auch sonst.[42])

---

[38]) Zimmerl, Lehre . . ., S. 40.

[39]) Unrichtig ist dagegen bei Zimmerl, wenn er eine „Erweiterung" des Tatbestandes ablehnt, bei den „unechten" Absichtsdelikten und dies an § 313, II zu beweisen sucht. Die „Absicht" hat hier für den Vorsatz gar nicht die konstitutive Bedeutung; gut Goldschmidt, Norm. Schuldbegriff, S. 459 Anm. 3.

[40]) a. a. O., S. 34 Anm. 41.

[41]) Hegler, a. a. O., S. 35.

[42]) So sagt z. B. Olshausen, II 1927, 11. Aufl. zu § 242, S. 1138: „Eine Zueignung ist objektiv (!) rechtswidrig, wenn für den Wegnehmenden ein Recht auf die eigentliche Erwerbung der Sache nicht besteht." „Ein solches Recht kann . . . durch Einwilligung entstehen." „Zur Wirksamkeit der Einwilligung in die Aneignung gehört nicht, daß der Täter von ihr Kenntnis erlangt hat, Diebstahl wird durch das Vorliegen der Einwilligung unbedingt ausgeschlossen", obgleich also die im Gesetz geforderte „Absicht" vorliegt. Hier soll also die Möglichkeit der Eigentumsverletzung ausschlaggebend sein. Aehnlich zu § 257 S. 1293: „Wie ferner durch die Beihilfe dem Täter eine Förderung des beabsichtigten Erfolgs nicht zuteil geworden sein braucht, so erfordert die Vollendung des Vergehens der Begünstigung auch nicht, daß die Beistandsleistung zur Beeinträchtigung des Strafanspruchs geführt habe." „Dennoch aber muß die Beistandsleistung wenigstens überhaupt geeignet (!) sein, den fraglichen Erfolg herbeizuführen." Aehnl. S. 1302 zur sachlichen Begünstigung. Aehnl. auch noch zu § 265, S. 1433. „Vollendung tritt auch ohne Erreichung des Zwecks, ja selbst ohne daß der Täter die Forderung der Versicherungssumme unternimmt" ein. Zur Frage der Möglichkeit der Erreichung des Zwecks ist hier nicht mehr Stellung genommen. Ganz anders § 274 N. 13: „Die Verwirklichung des angestrebten Nachteils bei den Nummern ist keine Voraussetzung für die Vollendung." Die Tat kann selbst dann vollendet werden, wenn die Zufügung des Nachteils gar nicht möglich ist (!), z. B. wenn die vernichtete Urkunde dem Berechtigten gar keinen rechtlichen oder tatsächlichen Vorteil gewährte. Anders auch zu § 268, S. 1523: „Die Verwirklichung des er-

Es ist demnach daran festzuhalten, daß das Vorliegen einer bestimmten Absicht selbst kein interesseverletzendes Moment enthält oder der Betätigungshandlung ein solches verleiht und daß ferner die Strafwürdigkeit beim Vorliegen einer bestimmten Absicht nicht dadurch einen Abbruch erleidet, daß die Erreichung des verfolgten Zweckes gar nicht möglich ist. Straflosigkeit kann immer nur durch den Wegfall von Strafwürdigkeitsfaktoren, d. h. durch den Mangel einer Verbotsverletzung begründet werden. Ist aber die Interessenverletzung kein Strafwürdigkeitsfaktor, so kann ihr Wegfall auch keine Wirkung haben, was man höchstens vom Standpunkt der Gesetzeskritik aus bedauern — oder begrüßen — mag.[43]) Daraus ergibt sich insofern eine weitere Konsequenz, als man die Rechtswidrigkeit der Betätigungshandlung, z. B. der „Wegnahme" einer Sache nicht gesondert prüfen darf, wie es heute ständig geschieht. Dies ist selbst dann unrichtig, wenn man die Strafbarkeit pflichtwidriger Betätigung, wie die der Absichtsdelikte, fälschlich einschränkt durch das Erfordernis, daß der bezweckte Erfolg wenigstens möglich gewesen sein müßte. So wird behauptet,[44]) daß nicht Diebstahl, sondern höchstens Unterschlagung gegeben sei, wenn die Wegnahme gestattet ist, etwa durch Einwilligung oder infolge eines Anspruchs auf die Wegnahme, obgleich der Täter bei der Wegnahme die Absicht schon verfolgt;[45]) der Täter hatte dann ja kein „Interesse" des Gewahrsamsinhabers verletzt.[46]) Der Fall der Einwilligung muß doch wirklich stutzig machen, weil eine Einwilligung zur Wegnahme niemals vorliegen wird, wenn der Einwilligende die Absicht des Täters kennt. Sollte in der Tat Notwehr des Freundes ausgeschlossen sein, wenn Einwilligung vorliegt, der Freund allein aber von der psychischen Konstitution des Täters Kenntnis hat? Während man in vielen Fällen vorliegender Einwilligung zur Wegnahme auf dem Umweg über den Einwilligungsinhalt[47]) zu richtigen Ergebnissen kommen kann, ist für die herrschende Lehre diese Möglichkeit bei Vorliegen eines Anspruchs auf die Wegnahme ausgeschlossen. Indessen zieht nicht nur der Einwilligende seine Einwilligung zurück, wenn beim Täter die Absicht rechtswidriger Zueignung vorhanden ist, sondern auch der Gesetzgeber, nämlich eben durch § 242 StGB, mag er auch sonst über die Rechtmäßigkeit eines Gewahrsamswechsels anders entscheiden. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über diese Frage sind keineswegs von der Art, daß sie an die Bestimmung des § 242 StGB herangetragen werden könnten, um die Frage der Rechtmäßigkeit einer „Wegnahme" endgültig zu entscheiden, wie die herrschende Lehre meint. Vielmehr fügt § 242 StGB jenen Bestimmungen die weitere hinzu, daß die Wegnahme dann rechtswidrig ist,

---

strebten Vermögensvorteils oder Schadens ist keine Voraussetzung für die Vollendung." „Es ist nicht einmal die Möglichkeit der Verwirklichung notwendig, das Gesetz begnügt sich mit der Absicht." (!)

[43]) Ueber die Rechtfertigung des Typus der Absichtsdelikte vgl. Binding, Lehrbuch, Bes. Teil 2. Aufl. S. 12 und Zimmerl, Lehre, S. 42 ff.

[44]) z. B. Frank, Komm. 18. Aufl. 1931 § 242 N. 6, 3.

[45]) Wenn man im Falle mittelbarer Täterschaft rechtmäßiges Handeln der Mittelspersonen genügen läßt, hat man sich schon zur subjektiven Rechtswidrigkeit bekannt. Insofern inkonsequent Berges, Der gegenw. Stand, S. 85 ff. und 70 ff.

[46]) Vgl. dazu die Ausführungen gegen Hegler, oben S. 42; 44; 45.

[47]) Mezger, GS 89, S. 280.

wenn sie von der Absicht rechtswidriger Zueignung begleitet wird. Deshalb kann die Wegnahme solange nicht rechtmäßig sein, als diese Absicht noch vorliegt.[48]) Die herrschende Lehre, die in diesen Fällen außerdem die Anwendbarkeit des § 226 BGB übersieht, spricht der Bestimmung des § 242 StGB die Kraft ab, selbst über die Rechtswidrigkeit der Wegnahme zu entscheiden, was genau so unrichtig ist, als wollte sie dem Strafgesetz jene Kraft versagen, soweit die Rechtmäßigkeit von Versuchshandlungen in Frage steht; denn daß die Absichtsdelikte in gewissem Umfang Versuchshandlungen pönalisieren, wurde bereits dargelegt. Diese Folgerung zieht die herrschende Lehre aber nicht. Die Versuchshandlungen, genau wie die Ausführungshandlungen der Absichtsdelikte sind eben als solche rechtswidrig, mag auch der Zivilgesetzgeber, der diesen Zusammenhang gar nicht würdigt, sie als rechtmäßig anerkennen. Ebenso wie das Erheben eines Stockes in Anwesenheit eines anderen Menschen, abgesehen von dem möglichen Zusammenhang mit einer etwa beabsichtigten Körperverletzung rechtmäßig ist, ist auch die Wegnahme rechtmäßig, wenn hierauf ein Anspruch besteht. Gerade diesen Zusammenhang aber zu würdigen, ist Zweck und Inhalt des Strafgesetzes, welches diese Würdigung selbständig vornimmt.

Diese Ausführungen dürften gezeigt haben, daß die oberflächliche Betrachtung des Strafrechts unter dem allgültigen Gesichtspunkt der Interessenverletzung der dogmatischen Arbeit keineswegs förderlich gewesen ist. Die Identifizierung von „Rechtswidrigkeit", besser „Verbotswidrigkeit" mit Interessenverletzung ist nicht gegeben, und es bedeutet geradezu ein Grundübel, wenn man meint, die „Rechtswidrigkeit" einer Tat umgrenze gleichzeitig die Möglichkeit einer dagegen gerichteten Notwehr, wie Zimmerl gegen Mezger ausführt.[49]) Die Existenz von Absichtsdelikten im Strafgesetzbuch beweist, daß der Gesetzgeber viel mehr verbieten kann als das, wogegen die Möglichkeit der Notwehr zu bieten ihm angemessen erschien. Die Lehre, die bezüglich der Rechtswidrigkeitsfrage die Interessenverletzung in den Mittelpunkt ihrer Erörterung stellt, ist ebenso förderlich für das Problem der Abwehr von durch das Recht mißbilligten Handlungen, wie hinderlich für das Problem der Umgrenzung strafwürdigen Verhaltens. Es wäre doch wirklich der reine Zufall, wenn, wie bei Verletzungsdelikten, der äußere Strafwürdigkeitsfaktor mit jenem Faktor identisch ist, dessen Vorliegen den Gesetzgeber veranlaßt hat, Notwehr zu

---

[48]) Welche Inkonsequenz! Nimmt jemand erlaubterweise *selbst* weg, verfolgt er aber dabei die Absicht rechtswidriger Zueignung, so soll Diebstahl ausgeschlossen sein. Bedient er sich aber eines absichtslosen Werkzeugs, dem die Wegnahme gestattet ist oder das einen Anspruch auf die Wegnahme hat, so ist der Hintermann mittelbarer Täter! Sehr richtig, sagt Liszt-Schmidt, 26. Aufl. S. 331 N. 6: „Ob sonst Rechtswidrigkeit" (bei der Mittelsperson) „vorliegt, ist belanglos. Möglich ist es durchaus, daß die Mittelsperson rechtmäßig, der veranlassende Hintermann rechtswidrig handelt." u. a. O., II 1 b: „Voraussetzung ist, daß auf die Person des *Veranlassenden* bezogen! die Verursachung der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung rechtswidrig ist ..." Unrichtig Mezger, Lehrb. § 60 II S. 426. Die bekämpfte Auffassung würde geradezu eine Freigabe des Diebstahls zur Folge haben.

[49]) Vgl. oben S. 41; Daß in der Verknüpfung dieser Fragen schon ein methodologischer Fehler steckt, hat Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 434 dargelegt.

gestatten.[50]) Mag das bei Verletzungsdelikten noch angehen, für die Absichtsdelikte ist diese Identifizierung unmöglich: „Mangel am Tatbestand" kann die Strafwürdigkeit sehr wohl unberührt lassen, Notwehr indessen ist hier stets unmöglich. Der Strafgesetzgeber hat seine Verbote doch nicht mit Rücksicht auf die Ausgestaltung der Notwehr formuliert! Im Lichte der Strafrechtsreform, die abrücken wird von jener liberalistischen Tendenz, die mit Rücksicht auf den materialen Rechtsbegriff die Strafwürdigkeit grundsätzlich auf solche Fälle beschränkt wissen will, wo ein „Rechtsgut" wirklich gefährdet oder verletzt wurde — der Zuhälterparagraph hat hier schon eine Bresche geschlagen[51]) — wird man sich mit den dargelegten Gedankengängen ohnehin befreunden.[52])

Wenden wir uns nun dem beinahe unverständlichen, nur aus der gefährlichen Ueberschätzung der „Tatbestandsmäßigkeit" einer Handlung erklärlichen Einwand Zimmerls zu, daß für den Fall einer Betrachtung des Versuchs unter dem Gesichtspunkt sinnerfüllter, nämlich von der Absicht der Verletzung erfüllter Betätigung durch einen, wenn auch schuldhaften Irrtum die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen würde, was so viel bedeute, wie, eine fahrlässige Verletzung für nicht rechtswidrig zu erklären.[53]) Daß diese Konsequenz mit dem positiven Recht in Widerspruch steht, liegt auf der Hand. Fraglich bleibt daher nur, ob diese Konsequenz überhaupt gezogen werden m u ß. Dazu ist folgendes zu sagen: nach § 59 StGB soll ein Irrtum über Tatbestandsmerkmale den Vorsatz ausschließen, aber Fahrlässigkeit übrig lassen, sofern der Irrtum selbst auf Fahrlässigkeit beruht. Nun haben wir aber bereits gesehen, daß ein Irrtum auch Mangel am Tatbestand begründen kann und die Rechtswidrigkeit ausschließt, was als notwendige Folge davon anzusehen ist, daß im Falle der Absichtsdelikte eine Versuchshandlung[54]) vom Gesetz vertypt ist: § 59 ist eben nur dann anwendbar, wenn ein Tatbestand auch objektive Strafwürdigkeitsmomente aufweist.[55]) Wollte man nun in Verfolg der Mezgerschen Gegenüberstellung die Versuchstatbestände insgesamt ganz kasuistisch in der Form von Absichtsdelikten vertypen, sie also als Pönalisierung sinnerfüllter Betätigungen auffassen, so würde bei allen diesen Tatbeständen ein Irrtum über den Inhalt der vom Gesetz geforderten Absicht Mangel am Tatbestand begründen und die Rechtswidrigkeit im Sinne einer so gearteten Typizität ausschließen, nämlich die Rechtswidrigkeit der Versuchshandlung. Ueber die Rechtswidrigkeit von Verletzungshandlungen, denen also ein interesseverletzender Charakter innewohnt und die, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, begangen werden, ist damit noch nichts gesagt. Ein anderes ergibt sich nur dann, wenn man den Vorsatz (gleich Absicht im Stadium des Versuchs) fälschlich für ein wirkliches Unrechtselement

---

[50]) so auch Engisch, Untersuchungen, S. 61, vor allem aber von Gemmingen, Die Erfassung d. Rechtswidrigkeit im System eines Willensstr. — in Deutsches Strafrecht, April 1935, S. 113.

[51]) indem er sich überhaupt vom Tattyp abwendet. Eine Hinwendung zum Tätertyp bedeutet auch die von der Reform vorgeschlagene, der lex Heinze in interessanter Weise nachgebildete Ausgestaltung der Hehlerei. Vgl. Kohlrausch, Vermögensverbrechen, S. 320 ff.

[52]) Vgl. unten S. 110 ff.

[53]) Zimmerl, Lehre, S. 15.

[54]) beide mit subjektiver Rechtswidrigkeit.

[55]) Vgl. oben S. 44.

hält. Solange also der Versuch nicht zu einer Rechtsgutsverletzung führt, sondern eben gerade noch „Versuch" ist, hat der Inhalt des dem Versuch entsprechenden Verbots — ausgenommen das Wissen und Wollen der Verletzung — keine Berührungspunkte mit den Verboten, welche die Verletzungstatbestände enthalten. Das übersieht Zimmerl, wenn er sagt: „Wie soll man feststellen, ob etwa das Anlegen oder selbst das Abfeuern eines Gewehres Tötungshandlung, Sachbeschädigungshandlung . . . oder Schießübungshandlung ist?"[56]) „Weiß ich, daß der Täter den Menschen A töten wollte, dann kann weder die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit des Schußabfeuerns Schwierigkeiten bereiten, vorausgesetzt, daß nur überhaupt ein Mensch in der Nähe ist."[57]) Zimmerl fährt dann fort: „Heißt dies aber nicht ein subjektives Moment in den rein objektiv gebauten Tatbestand einschmuggeln? Soll man etwa die auf den Erfolg gerichtete Absicht des Täters als subjektives Unrechtselement (!)[58]) auffassen? . . . Dann käme man bei fahrlässigen Erfolgsdelikten zu dem verblüffenden Ergebnis der Rechtmäßigkeit der Handlung. Diese Auffassung wird also abzulehnen sein." In diesen Sätzen beziehen sich die Worte: „Tatbestandsmäßig" und „rechtswidrig" teils auf das Versuchsdelikt,[59]) teils auf das Verletzungsdelikt; da sie aber einheitlich als auf den Verletzungstatbestand bezüglich angewandt werden, z. B. das „Töten", ergibt sich die — scheinbare — Widersinnigkeit. Man kommt nämlich nicht zu dem verblüffenden Ergebnis" der Rechtmäßigkeit der Verletzungs„handlung", sondern zu dem richtigen Ergebnis der Rechtmäßigkeit, besser Nichtverbotswidrigkeit der Versuchs„handlung". Eine „Handlung" ist eben erst rechtmäßig, wenn sie keinem vom Strafgesetzgeber aufgestellten Verbot mehr widerspricht, das Abfeuern eines Gewehres ist also nicht schon deshalb rechtmäßig, wie Zimmerl meint, weil es den Erfordernissen eines Versuchstatbestandes nicht genügt. Die Frage lautet gar nicht — wie Zimmerl in nur zu Irrtümern Anlaß gebender Ueberschätzung der „Tatbestandsmäßigkeit", gegen die sich Finger in GS 97, mit Recht gewandt hat — glaubt: „tötet" jemand oder „tötet" er nicht, — hier wird man niemals eine befriedigende Antwort finden können, ebensowenig wie darauf, ob ein „Anfang der Ausführung" vorliege — sondern: unterfällt das Schußabfeuern einem Verbot;[60])[61]) daher nicht das ver-

[56]) Zimmerl, a. a. O., S. 14.

[57]) Zimmerl, a. a. O., S. 15.

[58]) Schon die Fragestellung geht fehl: die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen fragt, ob subjektive Unwertelemente eine hinreichende Voraussetzung (!) für die Unrechtsbegründung abgeben. Zimmerl dagegen fragt, ob ohne Heranziehung der Täterpsyche die objektive Tendenz der Handlung, das Wirken ins Objektive festgestellt zu werden vermag. Er unterstellt also schon im Voraus, daß subjektive Unwertelemente zur Verbotsbegründung nicht genügen. Vgl. auch S. 43 A. 34.

[59]) das, als Absichtsdelikt aufgefaßt, nur subjektiv rechtswidrig ist.

[60]) d. h. einem Motivations- oder Schädigungsverbot. Dieselbe unzulässige Vermischung von psychischem und äußerem Bestandteil des Delikts, die bei der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen die Rechtswidrigkeitsfrage verwirrt, führt bei Zimmerl zu einer Verwirrung der Frage der Tatbestandsmäßigkeit. Wir vermissen daher bei Zimmerl eine scharfe Trennung des subjektiven vom objektiven „Tötungs"tatbestand.

[61]) Immer vorausgesetzt, daß der „Versuch" dem Typus eines Absichtsdelikts entspricht.

blüffende Ergebnis" der Rechtmäßigkeit der „Tötung", sondern die richtige Feststellung, daß das Schußabfeuern beim Fehlen der Tötungsabsicht nicht dem Versuchstatbestand, wie ihn Mezger aufgefaßt wissen möchte, unterfällt, möglicherweise aber einem Verletzungstatbestand; nämlich dann, wenn das „Töten" wirklich ein „Töten" war, wenn es den Tod verursacht hat. An dieser Verwechselung scheitert die ganze Versuchslehre Zimmerls.[62])

Ohne zu der Frage Stellung zu nehmen, ob man den Versuch in jeder Beziehung als Absichtsdelikt aufzufassen hat, ist es jedenfalls, wenn man schon Versuchs- und Absichtsdelikt in Parallele stellt, durchaus unrichtig, beim Versuch von subjektiven Unrechtselementen zu sprechen;[63]) denn, wie anläßlich der Behandlung der Absichtsdelikte gezeigt, handelt es sich dort, wie hier um rein subjektiv begründete Rechtswidrigkeit.

Wenden wir uns nun den abstrakten Gefährdungsdelikten zu, um unsere Behauptung zu begründen, daß es sich auch hier um rein subjektive Rechtswidrigkeit handelt. Auch in diesen Fällen sind Handlungen unter Strafe gestellt, denen eine rechtsgutverletzende oder -gefährdende Eigenschaft nicht zukommt. Ein Zusammenhang mit dem geschützten Rechtsgut besteht nur insofern, als die unter Strafe gestellten Handlungen generell eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen, die man dem geschützten Rechtsgut gegenüber allgemein schuldig ist. Das Gesetz geht davon aus, daß es Handlungen gibt, die zu unterlassen schlechthin erforderlich ist, auch dann, wenn der Täter Vorsorge getroffen hat, daß das Rechtsgut nicht gefährdet wird. Stellt man sich diejenigen unter den abstrakten Gefährdungsdelikten, welche die Verursachung des Todes eines Menschen zum Strafschärfungsgrund haben, als Tötungsdelikte vor, so würden sich die abstrakten Gefährdungsdelikte[64]) als eine Summe von Sorgfaltsnormen[65]) darstellen, an deren Verletzung sich das Urteil der Fahrlässigkeit, wenn auch einer abstrakten, knüpfen würde, nämlich bezüglich jener hypothetischen Tötungsdelikte. Es handelt sich hier genau so um eine „Vordatierung der Empfindlichkeit" — wenn auch aus anderem gesetzgeberischen Motiv — wie bei den Absichtsdelikten; hier wie dort tritt Bestrafung ein, gleich, ob ein Rechtsgut gefährdet oder verletzt ist, oder auch nicht. Bei den echten Absichtsdelikten ist gleichsam der „Vorsatz" zum delictum sui generis gemacht, bei den abstrakten Gefährdungsdelikten die — abstrakte — „Fahrlässigkeit". Ohne jene „Vordatierung der Empfindlichkeit" würde beiden Deliktsgruppen jene Struktur anhaften, die für Verletzungsdelikte typisch ist: das Vorhandensein zweier Strafwürdigkeitskomponenten, deren jeder ein Verbot entspricht, von denen sich das eine als Verbot der Rechtsgutsverletzung darstellt, dessen Verletzung das Rechtswidrigkeitsurteil zur Folge hat, das zweite die Bestimmungsnormwidrigkeit bezw. Sorgfalts-

[62]) Vgl. die Kritik bei Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 150.

[63]) so Mezger, Vom Sinn, S. 23.

[64]) Selbstverständlich nicht alle. Eine Gleichstellung jener Delikte in dieser Beziehung wäre natürlich unrichtig.

[65]) Spricht doch auch der Entwurf 19, 16. Abschn. von „Störungen des öffentlichen Verkehrs" und Mezger in seiner Systematik der gemeingefährlichen Handlungen d. Entw. 25 von „Verkehrsdelikten und Delikten gegen besondere Verkehrsschutzbestimmungen (in GS 93, S. 143). Gerade letztere aber sind Quelle der Sorgfaltspflichten. Vgl. unten S. 61.

pflichtverletzung verbietet; der Widerspruch zu diesem hätte also bei „Rückdatierung der Empfindlichkeit“ das Schuldurteil[66]) zur Folge. Genau so, wie bei den echten Absichtsdelikten die Bestimmungspflichtwidrigkeit selbständig unter Strafe gestellt ist, ist es die Sorgfaltspflichtwidrigkeit in den abstrakten Gefährdungsdelikten. Da beide Male die Rechtsgutsverletzung fehlen kann, bleibt also nur die Möglichkeit einer subjektiven Rechtswidrigkeit übrig, kann es sich nur um eine pflichtwidrige Betätigung handeln, die eines objektiven äußeren Unrechtsgehalts entbehrt. — Wie sich z. B. aus der Fassung des § 306 StGB ergibt, ist geschütztes Rechtsgut keineswegs nach Nr. 1 der Kirchenfiskus oder nach Nr. 2 der Eigentümer des Gebäudes, des Schiffes oder der Hütte; oder nach Nr. 3 der Inhaber der Räumlichkeit als solcher, sondern ausschließlich Leben und Gesundheit von Menschen; auf Eigentum und Besitz kommt es nicht an, da diese zur Rechtszuständigkeit des Täters gehören können. Die Anwendung des § 306 StGB ist aber selbst dann nicht versagt, „wenn zur Zeit der Inbrandsetzung Bewohner oder überhaupt Menschen in der Räumlichkeit gar nicht anwesend waren.“[67]) Sogar „wenn der Täter sich überzeugt hat, daß im Hause niemand anwesend war“,[68]) wenn also eine Gefahr für Menschen gar nicht möglich ist;[69]) auch dann findet § 306 StGB Anwendung. „Jedenfalls ist, worin die g. M. übereinstimmt, die Bewirkung einer Gemeingefahr oder auch nur einer Gefahr für ein einzelnes Leben bezw. für eine einzelne fremde Sache unwesentlich; auf eine „konkrete Gefahr“ kommt es überhaupt nicht an, so daß die Brandstiftung aus § 306 als ein Gefährdungsdelikt nicht angesehen werden kann.“[70]) Nicht anders ist es

---

[66]) Wegen der abstrakten Natur der Fahrlässigkeit, welche in den abstrakten Gefährdungsdelikten verpönt ist, mag die Richtigkeit dieser Behauptung bezweifelt werden. Der Vorwurf geht hier nicht wie bei der Fahrlässigkeit dahin, daß der Täter den Erfolg nicht vorausgesehen hat, obgleich er voraussehbar war, sondern dahin daß er nicht mit Zufällen gerechnet hat, die den Gang der Dinge nachteilig beeinflussen konnten, wenn der Erfolg auch nicht voraussehbar war. Diese Uebersättigung mit Sicherheitsmomenten innerhalb einer Situation, die schwer schädigende Erfolge mit sich bringen kann, ist z. B. auch der Zweck der Verkehrsregeln — (insofern mag auch die Zweckmäßigkeit bezweifelt werden, für den Eintritt des schweren Erfolges Fahrlässigkeit zu verlangen, wie zum Beispiel Entwurf 25, § 201 in Verbindung mit § 15) —; es handelt sich also mindestens um eine Quasi-Voraussehbarkeit. Auch sagt RGSt 53, 213: „Der ausschlaggebende Beweggrund für alle diese Vorschriften (des 27. Abschn.) ist nicht nur die Art der Gefahr, sondern die aus ihrer Art sich ergebende Größe der Gefahr im Hinblick auf die Unübersehbarkeit der Folgen und die mögliche Ausdehnung auf einen weiteren Kreis.“ „Die Gefahr wird größer nicht nur, wenn die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern auch, wenn der wahrscheinlich drohende Schaden größer wird.“ Wahrscheinlichkeit und Erheblichkeit des möglichen Erfolges sind aber auch die maßgeblichen Beweglichkeitsfaktoren bei der Fahrlässigkeit. Mag auch die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts fast bis auf den Nullpunkt sinken, so ist doch eine schwere Fahrlässigkeit gegeben, wenn die möglichen Folgen sehr schwer sind. So auch Goldschmidt, Norm. Schuldbegr. S. 457.

[67]) Olshausen, II, 27. Abschn. S. 1743 zu § 306 N. 5 und 9.

[68]) Olshausen, a. a. O.

[69]) Die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung wird sonst von den Objektivisten stets gefordert.

[70]) Olshausen, a. a. O., N. 9.

bei § 308 StGB. Was insbesondere den Fall der mittelbaren Brandstiftung (fremde Räumlichkeiten oder Sachen mit besonderer Beschaffenheit und Lage) angeht, führt Olshausen aus: „Auch bei dieser Art der Brandstiftung ist davon abgesehen worden, die Bewirkung einer objektiven Gefahr zum Tatbestandsmoment zu erheben." „Wenn auch die Handlung regelmäßig eine Spezialgefahr und häufig eine Gemeingefahr bewirken wird, so ist sie doch keineswegs für den Fall ihrer Gefährlichkeit unter Strafe gestellt; vielmehr findet § 308 auch dann Anwendung, wenn, trotz der daselbst vorausgesetzten Beschaffenheit und Lage des in Brand gesetzten Gegenstandes, z. B. ein entgegenstehender Wind, im Einzelfall jede Gefahr ausschloß."[71]) Ebenso ist es bei § 309, der ja auf die §§ 306 und 308 StGB verweist. Auch bei § 322 StGB kommt es auf eine wirkliche Gefährdung nicht an. „Es genügt vielmehr die abstrakte Gefährdung."[72]) Ebensowenig bei § 324 StGB: „Eine konkrete Gemeingefährdung oder auch nur eine Gefährdung einzelner oder eines einzelnen gehört zu keinem der (Misch-)Tatbestände; die abstrakte Gemeingefährdung bildet das gesetzgeberische Motiv."[73])[74]).

---

[71]) Olshausen, zu § 308 S. 1751 N. 6 2. Abs.

[72]) Olshausen, zu § 322 S. 1799 N. 2c.

[73]) Olshausen, zu § 324 S. 1802 N. 1.

[74]) Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ist hier rechtswidrig im Sinne objektiver Anforderungswidrigkeit; substratwidrig ist sie nicht. Vgl. auch unten S. 71 ff.

§ 6. Ueber die Ableitbarkeit einer subjektiven Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm.

a) Bestimmungsnorm und Pflichtnorm in der Schuldlehre.

Ergänzen wir die Erörterungen über subjektive und objektive Rechtswidrigkeit durch die Beantwortung der Frage, ob es richtig sei, wenn man die subjektive Rechtswidrigkeit charakterisiert als eine solche, die von der Bestimmungsnorm abgeleitet ist.[1]) Verweilen wir zunächst einen Augenblick bei der Frage, was man unter Bestimmungsnorm zu verstehen hat. Die Bestimmungsnorm hat ja bereits ihre Geschichte, aber nicht nur auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit, wie wir gesehen haben, sondern vor allem auch auf dem der Schuld. Diese doppelte Beziehung läßt natürlich sofort die Frage entstehen, wie dennoch eine Scheidung von Schuld und Rechtswidrigkeit möglich ist. Vielleicht enthält sogar die Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeit als von der Bestimmungsnorm abgeleitet einen Hinweis auf die Möglichkeit einer Unterscheidung. Deshalb wird eine Auseinandersetzung mit der Bestimmungsnorm, die in der Schuldlehre eine Rolle spielt, unumgänglich sein. Wie wir bereits gesehen hatten, ist es logische Voraussetzung für die Möglichkeit des Rechts, eine Bestimmungsfunktion auszuüben, daß sich das Recht zunächst als Bewertung rechtlich geschützter Interessen, einer bestimmt gearteten objektiven Lebensordnung darstellt, daß das Recht als Bewertungsnorm das Prius gegenüber dem Recht als Bestimmungsnorm ausmacht. Das Recht, der abstrakte Wertmaßstab für die Regelung von Interessen der Gemeinschaft und ihrer Glieder, dessen Existenz unabhängig ist von der Frage, wie die Handlung als das Objekt rechtlicher Wertung zustandegekommen ist, wie sich das Psychische im Täter dazu verhält, führt ein reales Dasein in dem Bewußtsein des Rechtsunterworfenen als Rechtsgefühl und als Motiv im zu rechtlich mißbilligtem Handeln Entschlossenen. Nicht durch die Aufstellung eines objektiven Wertmaßstabes, sondern erst durch die Eigenschaft, im Gemeinschaftsglied ein lebendiges Dasein zu führen, ist das Recht in der Lage, die Aufrechterhaltung des rechtlich bewerteten sozialen Zustandes zu garantieren. Nur der Wirkung der Norm „in den Vorstellungen und Motiven des einzelnen Gemeinschaftsgliedes ist es zuzuschreiben, daß der Mensch sich „richtet" nach etwas, was er soll, daß er, wie wir sagen, sich pflichtmäßig zu verhalten vermag."[2]) An die Wirksamkeit jenes Motivs, durch dessen Hervorrufen das Recht seine Bestimmungsfunktion erfüllen soll, knüpft sich nun ein bestimmtes Urteil, welches wir als „Schuld", als „Vorwerfbarkeit" bezeichnen, womit aber noch keineswegs gesagt ist, ob dieses Urteil an eine bestimmt geartete

[1]) Vgl. Mezger, Lehrbuch § 19, S. 163—167.
[2]) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl. § 36, S. 209.

Situation anknüpft oder, wenigstens gleichzeitig, an eine Verbotswidrigkeit. Eigentlich ist es schon nicht mehr korrekt, wenn man sagt, es handele sich hier um die Frage, „ob das Schuldurteil die einfache Feststellung eines psychologischen Sachverhalts oder zugleich immer auch eine normative Bewertung[3]) bedeute"; denn ein Urteil, wenn es nicht nur ein Tatsachenurteil ist, ohne normative Bewertung ist ein Unding. Dieser Satz scheint mir aber darauf hinzudeuten, daß man auch ohne die Herausarbeitung des „normativen Schuldelements" die Schuld nie für ein bloßes Tatsachenurteil, sondern für eine Normwidrigkeit, ein Beziehungsurteil angesehen hat; nur hatte die Norm, gegen die hier verstoßen wird, einen anderen Inhalt als nach der modernen Schuldlehre. Auch diejenigen, die die Schuldfrage lediglich mit einem psychologischen Sachverhalt in Verbindung bringen,[4]) bekennen sich also letzten Endes doch zum Normativismus.[5])[6]) Die Schuldlehre hat sich erst allmählich zu der normativen Auffassung, mittels der erst eine Ergreifung der Schuldausschließungsgründe möglich wurde, bewußt durchgerungen, erst allmählich wurde man sich auch dessen bewußt, daß das Recht seine Bestimmungsfunktion ausübt durch eine Bestimmungs n o r m, eine Pflichtnorm. In seiner bahnbrechenden Schrift „Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs" hält Frank für Voraussetzungen des Schuldurteils neben Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz und Fahrlässigkeit, die „normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt",[7]) knüpft also lediglich an das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts an. Erst Goldschmidt[8]) zieht aus der richtigen Parallele zwischen Rechtfertigungsgründen und Entschuldigungsgründen die richtige Folgerung, daß Schuld Pflichtwidrigkeit sei, wenn auch diese neben den psychologischen Schuldelementen auch nur ein Element, nämlich das normative, darstelle.[9]) „Wer den Vorsatz werten will, muß das ihn wertende normative Element neben ihn stellen, muß die Schuld nicht als Wollen der Pflichtwidrigkeit, nicht als „Wollen des Nicht-Sein-Sollenden", sondern als „nicht-sein-sollendes Wollen" auffassen."[10]) Werten aber heißt, das zu wertende Objekt, hier Vorsatz und Fahrlässigkeit, an eine Norm[11]) herantragen und dem Schuldurteil gleichzeitig den Charakter eines Werturteils, einer Normwidrigkeit geben. Ist aber Schuld, wie auch Rechts-

---

[3]) Mezger, Lehrbuch, 31 § 33 S. 250, Anm. 6.

[4]) so noch Merkel, Lehrbuch, 1889, S. 70; Stoß, SchwZtschr. 41, 212; v. Hippel, Lehrb. II, S. 276, Anm. 4.

[5]) Ebenso Thierfelder, S. 1; vgl. auch unten S. 108.

[6]) Treffend: Kantorowicz, Unechtes Unterl. ..., S. 25 ff.

[7]) Aufbau, S. 12. Die letztere Voraussetzung später ersetzt durch „normale Motivation", so 8.—10. Aufl. II vor § 51.

[8]) Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien 1913, S. 11.

[9]) Die von Frank angeregte Lehre von den „zu ergänzenden Tatbestandsmerkmalen" (Zimmerl) entspringt demselben Gedanken, wie seine Behauptung, a. a. O., daß den Entschuldigungsgründen ein Schuldelement entsprechen müsse. „Normale Beschaffenheit der Umstände (in ihrer psychischen Abspiegelung) ist ebenfalls ein „zu ergänzendes Tatbestandsmerkmal. Dazu auch Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 443. Vgl. aber unten S. 56, A. 19.

[10]) Goldschmidt, Notstand, S. 13.

[11]) Es kann sich also nur um eine Bewertungsnorm handeln. Vgl. unten S. 56 A. 18; 57 ff.; 59.

widrigkeit, ein Beziehungsurteil, eine Verbotswidrigkeit,[12]) besteht im übrigen kein zwingender Grund dafür, die normative Beziehung zum psychischen Tatbestand als ein normatives Element anzusehen, welches neben den psychologischen Elementen der Schuld seinen richtigen Platz hat,[13]) sondern man mag die Parallele zur Rechtswidrigkeit in der Weise weiter ziehen, daß man dem Vorliegen des vom Gesetz geforderten psychologischen Tatbestands die Eigenschaft der „Tatbestandsmäßigkeit" der Schuld zuspricht,[14]) und daß man diesen Tatbestand „ergänzt" durch Merkmale, die auf den Mangel einer Entschuldigungsmöglichkeit hinweisen. Die Tatbestandsmäßigkeit hat dann ein Verschulden zur notwendigen Folge. Auch die Rechtswidrigkeit steht neben der Tatbestandsmäßigkeit nur solange,[15]) als man das Urteil „tatbestandsmäßig" auf den gesetzlichen Tatbestand bezieht, worin jedenfalls die Gefahr liegt — das werden wir an der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen noch genauer darstellen, —, für rechtswidrig mehr zu erklären, als logischerweise überhaupt tatbestandsmäßig zu sein vermag. Aus diesem Grunde steht auch das normative Schuldelement nur solange neben dem psychischen, als die Tatbestandsmäßigkeit der Schuld nicht ergänzt wird durch positive Merkmale, aus denen das Nichtvorliegen eines Entschuldigungsgrundes hervorgeht, also durch Merkmale, die die Negation der negativen Merkmale der Entschuldigungsgründe darstellen.[16]) Hält man also für den Schuldtatbestand eine psychische Konstitution, welche eine Mißachtung der Pflichtnorm kundtut, der Pflichtnorm, die, wie bei Goldschmidt den Inhalt hat: „Laß dich durch die Vorstellung, daß deine Willensbetätigung einen verbotenen Erfolg herbeiführen würde, davon abhalten", und die gegebenenfalls, ohne daß dies einen Einfluß auf die Tatbestandsmäßigkeit hätte, durch im „Billigkeitsrecht" sanktionierte „Selbsterhaltungsnormen" paralysiert wird, so mag jene Behauptung hingehen; denn der so gefaßte Tatbestand ist noch nicht durch positive Merkmale ergänzt, aus denen sich das Nichtvorliegen eines im „Billigkeitsrecht" anerkannten überwiegenden Motivs ergibt.[17]) Dagegen ist unrichtig sowohl die Behauptung, daß das normative Element „neben" dem psychischen stehe, als auch, hier überhaupt von Elementen zu reden, wenn man die Ansicht vertritt, „daß die Pflicht in jenen in Betracht kommenden Situationen (namentlich der Not) von vornherein entfällt, weil die Pflicht eben nichts anderes ist, als die in ihrer Bestimmungsmöglichkeit durch die „humana fragilitas" begrenzte Rechtsnorm als Be-

---

[12]) So insbesondere auch M. E. Meyer, ZStW 32, S. 511.

[13]) So noch Goldschmidt, Notstand, S. 19.

[14]) Gegen die Annahme einer gleichwie gearteten Tatbestandsmäßigkeit bei der Schuld Beling, Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 178 ff. Dafür insbes. Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 446, 462, 465.

[15]) „Die formallogische Rechtsfindungsweise besitzt keinen Gegenwartswert mehr." Gemmingen, Die Erfassung, S. 105. Das gilt nicht nur für die technisch-methodologische Seite, sondern auch für die rechts-theoretische.

[16]) Die Gegenüberstellung von Tatbestandsmäßigkeit der Schuld und Schuldurteil ist natürlich eine andere als die von Bestimmungsnorm und Bewertungsnorm. Die Bestimmungsnorm kann nicht „ergänzt" werden. Vgl. dazu S. 56, A. 18; aber auch S. 78 ff.

[17]) Doch ist es auch hier nicht glücklich, wenn man die Tatbestandsmäßigkeit als ein Element der Schuld ansieht.

stimmungsgrund."[18]) Begrenzt ist die Bewertungsnorm (!) und zwar durch eine Ergänzung ihres Tatbestands durch positive „zu ergänzende Tatbestandsmerkmale", demnach auf dem Gebiete der Schuld anzuerkennen, was man auf dem der Rechtswidrigkeit mit: Lehre von den „zu ergänzenden Tatbestandsmerkmalen" bezeichnet.[19]) Daß man von Tatbestandsmäßigkeit der Schuld,[20]) insbesondere des Vorsatzes reden kann, geht unmittelbar aus § 59 StGB[21]) hervor, der eine Vertypung der Vorsatztatbestände überflüssig macht.[22]) In diesem Zusammenhang mag bereits der Hinweis geboten sein, daß es mit den Sorgfaltsnormen, deren Verletzung Fahrlässigkeit begründet, ganz anders steht; sie sind — mit Ausnahmen — weder direkt noch indirekt vertypt.

Fraglich bleibt daher nur, woher wir die Normen zu nehmen haben, mit Hilfe deren wir jene zu betrachtenden seelischen Vorgänge zu werten in der Lage wären. Goldschmidt gibt uns darauf die Antwort,[23]) daß genau so, wie neben den Sätzen des Privatrechts, welche ein subjektives Recht gewähren, ein Satz des „materiellen Justizrechts" einhergehe mit dem Inhalt, im Falle der Verweigerung des Gebotenen von seiten des Betroffenen psychischen Zwang anzuwenden, neben den Rechtsnormen, die vom einzelnen ein äußeres Verhalten fordern, unausgesprochen eine Norm einhergehe, mit dem Inhalt, „sein inneres Verhalten so einzurichten, wie es nötig ist, um den von der Rechtsordnung an sein äußeres Verhalten gestellten Anforderungen entsprechen zu können."[24]) Diese ungeschriebene Norm, die von Goldschmidt als Pflichtnorm bezeichnet wird, tritt somit in

---

[18]) So v. Liszt-Schmidt, 25. Aufl. § 36 S. 211 einerseits, S. 216 ff. andererseits. Die u. E. unrichtige Auffassung hängt damit zusammen, daß v. Liszt den Schuldvorwurf anknüpft nicht an eine Bewertungsnorm, sondern lediglich an die Verletzung der Bestimmungsnorm. Das hat ihn sogar (26. Aufl. § 36 III, 2) dazu geführt, zu behaupten: „Neuerdings neigt Goldschmidt dazu, die Ausnahmen von der Pflichtnorm auf eine von vornherein gegebene inhaltsmäßige Begrenzung der Pflichtnorm zurückzuführen. In der Sache dürfte . . . ein . . . Unterschied zwischen der Schuldlehre Goldschmidts und der hier vorgetragenen nicht bestehen." Der Unterschied ist indessen ganz erheblich. Goldschmidt hat die „Ausnahmen" nur deshalb in die Pflichtnorm hineininterpretiert, weil er eine Bewertungsnorm für die Schuldseite schaffen wollte. Liszt dagegen leugnet das Bestehen von Bewertungsnormen als auf die Schuldseite bezüglich vollends. Vgl. auch S. 109. Damit ist bei Liszt, ebenso wie bei allen übrigen, die die Bewertungsnorm der Bestimmungsnorm in üblicher Weise gegenüberstellen, die Frage: „Wozu" bestimmen und „inwieweit" bestimmen in unzulässiger Weise identifiziert. Vgl. S. 59/60 d. Arbeit. Wenn im übrigen die Pflicht von vornherein entfällt, wird eine Leugnung von „Entschuldigungsgründen" notwendig!

[19]) Eigenartig, daß Frank, Komm. S. 139, für die Schuldseite bezüglich der „negativen" Tatbestandsmerkmale anderer Ansicht ist, als für die Unrechtsseite. Vgl. darüber auch Goldschmidt, Normativer Schuldbegr. S. 446.

[20]) Goldschmidt, a. a. O., S. 442 nennt die erkannte oder erkennbare Tragweite eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit. S. 443, auch Schuldtatbestand; ebenso S. 466.

[21]) Dieser enthält einen Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit des Vorsatzes.

[22]) „Die Irrtumslehre ist also nur die Doluslehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet". Frank, Komm. zu § 59, Note VII.

[23]) Notstand, S. 16, 17.

[24]) Goldschmidt, a. a. O.

Gegensatz zu der Bewertungsnorm, die sich auf die objektive Lebensordnung bezieht, was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, daß sie ihrerseits Bewertungsnorm ist.[25]) Genau so wie die Bewertungsnormen für einen gewissen sozialen Zustand Pflichtinhalte[26]) bezüglich äußeren Verhaltens (objektive Anforderungen) schaffen, und somit selbst Pflichtnormen sind, die aber die Frage der bewußten Pflichtverletzung unberührt lassen, bringen auch die Bestimmungsnormen, welche sich aber auf ein seelisches Verhalten beziehen, Pflichtinhalte hervor[27]) (subjektive Anforderungen) und sind somit „Pflichtnormen" im Sinne Goldschmidts. Strafrechtlicher Bewertung nach Maßgabe der Strafwürdigkeit unterliegt eben — und dies allgemein im Gegensatz zum bürgerlichen Recht — nicht nur eine gewisse soziale Lebensordnung, die dem Gemeinschafter Rechte und Pflichten gibt, sondern auch das innere Verhalten, der psychologische Zustand, bezüglich dessen die Rechtsordnung dem Individuum Pflichten aufbürdet. Mit Rücksicht auf die Mehrdeutigkeit des Wortes „Pflicht", einerseits als Ausfluß einer objektiven Gemeinschaftsordnung oder als deren integrierender Bestandteil, andererseits als an die Motivation sich wendender Imperativ (das ist nicht der „Imperativ" Thons), ebenso aber auch mit Rücksicht darauf, daß das Strafrecht die Schädigung des sozialen Zustandes genau so würdigt und wertet, wie es diese Wertung bezüglich des inneren Verhaltens des Täters vornimmt, ist eine Gegenüberstellung von „pflichtwidrig" und „rechtswidrig", von „Bestimmungs-" und „Bewertungsnorm" nur irreführend.[28]) Die stillschweigende Hinnahme des Wortes „Bewertungsnorm" ausschließlich in dem Zusammenhang mit der Rechtsgüterwelt und somit mit der „Rechtswidrigkeit", kann nur dazu beigetragen haben — die späteren Erörterungen werden die Vermutung bestätigen — den Blick zu verschleiern für die Frage, was alles der Strafgesetzgeber seiner Wertung unterzogen hat,[29]) auf was alles sich sein Strafwürdigkeitsurteil bezieht und folglich, welchen Inhalt die aus der zum Ausdruck gebrachten Strafwürdigkeit hervorgegangenen Verbote haben können.

Daß wir für die Pflichtnormen, deren Verletzung Vorsatz zur Folge hat, nicht auf einen Normenkomplex außerhalb des Rechts, wie des materiellen Justizrechts, Billigkeitsrechts oder des subjektiven Rechts des Staats auf Botmäßigkeit, angewiesen sind, wurde bereits betont. Die vervollständigte Tatbestandsmäßigkeit und damit gleichzeitig Vorwerfbarkeit des Vorsatzes ergibt sich aus dem Gesetz, und zwar aus den Deliktstatbeständen in Verbindung mit § 59 StGB und den Bestimmungen über den Ausschluß der Schuld. Damit ist noch nicht gesagt, daß hier die einzige Rechtsquelle für die Pflichtnormen liegt. „Die Rechtsordnung besteht eben, gerade auch vom erkenntnistheoretischen Standpunkt gesehen, nicht bloß aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, sondern ist die Gesamtheit der Kundgebungen und Ueberzeugungen, die sich auf die äußere Regelung des menschlichen Zusammenlebens beziehen."[30]) Der Ausschluß der Schuld

---

[25]) Vgl. S. 58 ff.

[26]) So richtig Goldschmidt, Norm. Sch. S. 437.

[27]) Das übersieht Goldschmidt, Notstand, S. 17, Anm. 18; ablehnend auch Sieverts, S. 100 ff.

[28]) Vgl. S. 69, Anm. 81; 108/9.

[29]) Darüber Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 437.

[30]) Wegner, Kriminelles Unrecht, S. 37; vgl. aber auch Marschall v. Bieberstein, Vom Kampf, S. 103 ff.

durch überwiegende Motive hat sich aber mindestens an den Schuldausschließungsgründen des Strafgesetzes zu orientieren.[31]) Es hätte vor allem die Anerkennung des Billigkeitsrechts scheitern müssen an der hervorragenden Eigenschaft der Strafgesetzgebung und -anwendung, eine „integrierende Wirkung",[32]) die „man besser als gemeinschaftsbildende Kraft bezeichnen würde",[33]) auf die Gemeinschaftsglieder auszuüben, die ein „Kernvorgang des staatlichen Lebens"[34]) darstellt. Es gilt hier aber nicht, gegen das Hinausgreifen auf einen außerrechtlichen Normenkomplex wegen seiner Wirkungen anzukämpfen. Vielmehr soll lediglich betont werden, daß die Pflichtnormen, deren Verletzung Vorsatz begründet, im Gesetz stehen, wenn sie dadurch auch einer Ergänzung durch anerkannte Wertstrebungen einer Kulturepoche zugänglich bleiben.

Ist es richtig, daß die Pflichtnorm mit dem Inhalt, welchen ihr Goldschmidt gibt, identisch ist mit der Rechtsnorm in ihrer Eigenschaft, eine Bestimmungsfunktion auszuüben?[35]) Wir müssen uns zu diesem Zweck erinnern, daß Goldschmidt (Notstand) seiner Pflichtnorm den Inhalt gibt: laß dich durch die Vorstellung, daß deine Willensbetätigung einen verbotenen Erfolg herbeiführen würde, davon abhalten, — und daß diese Pflichtnorm gegebenenfalls durch eine „Selbsterhaltungsnorm" paralysiert wird. Es ist daher bei Goldschmidt die Pflichtnorm zunächst reine Bestimmungsnorm; sie ist infolge ihres Inhalts zu nichts anderem fähig, als eine Bestimmungsfunktion auszuüben. Da diese Pflichtnorm aber außer Kraft gesetzt werden kann durch das Hinzutreten einer rechtlich relevanten Selbsterhaltungsnorm, kann das Urteil „vorwerfbar" noch nicht an einen Tatbestand geknüpft werden, aus dem sich eine Verletzung der Pflichtnorm ergibt. Die Schuld hat also nicht dadurch ein normatives Element erhalten, daß man sie zu der Pflichtnorm mit dem Inhalt, sich in irgendwelcher Weise bestimmen zu lassen, in Beziehung setzt; vielmehr muß man die Schuld in Beziehung setzen zu einer Norm, deren Inhalt ein abschließendes Urteil über das Vorliegen der Schuld abgibt, welche also die Schuldausschließungsgründe, die schuldausschließende Kraft bei Vorliegen von Selbsterhaltungsnormen, in sich einschließt. In dieser Beziehung ist Goldschmidt, „Notstand", noch unklar. Richtig ist die Pflichtnorm gefaßt, wo er sagt: „Inhalt dieser Pflichtnorm ist: du sollst dich — regelmäßig — durch die Vorstellung, daß deine Willensbetätigung einen rechtlich verbotenen Erfolg herbeiführen würde, davon abhalten."[36]) Durch Einfügen des Wortes „regelmäßig" ist angedeutet, daß die Pflicht, deren Verletzung Schuld begründet, nicht immer darin besteht, sich bestimmen zu lassen; daß also das Sich-nicht-bestimmen-lassen nur „regelmäßig" einen Schuldvorwurf zur Folge hat. In dieser Fassung der Pflichtnorm ist nicht nur die zutreffende Behauptung enthalten, daß Schuld Normwidrigkeit sei, sondern auch, daß das Sich-nicht-bestimmen-lassen einer besonderen Wertung unterliegt, da es nur „regelmäßig" den Schuldvorwurf nach sich zieht. Solange also die

---

[31]) Vgl. Wegner, a. a. O., S. 55.
[32]) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 18.
[33]) Schaffstein, Die Bedeutung . . ., S. 271.
[34]) Smend, a. a. O., S. 18.
[35]) v. Liszt-Schmidt, 25. Aufl. § 36 Anm. 4; vgl. auch oben S. 56, Anm. 18.
[36]) Notstand, S. 20.

Pflichtnorm weiter nichts ist, als ein Gebot, sich bestimmen zu lassen, ist sie Bestimmungsnorm, d. h. Rechtsnorm in ihrer Eigenschaft, eine Bestimmungsfunktion auszuüben. Wertungsnorm, durch deren Beziehung zum psychischen Tatbestand der Schuld ein normatives Element hinzugefügt wird, ist die Pflichtnorm dann, wenn sie die Motivationspflichten in der Weise abschließend enthält, daß ein Verstoß gegen diese Pflichtnorm das Vorwerfbarkeitsurteil stets zur Folge hat. Sehr richtig sagt Goldschmidt:[37]) „Ausschlaggebend für die Selbständigkeit der Pflichtnormen bleibt doch immer, was zu ihrer Entdeckung geführt hat. Sie sind der Normenkomplex, dem die Entschuldigungsgründe angehören." „Die dem Täter eigenen typischen Wertschätzungen sind Gegenstand, nicht Maßstab der rechtlichen Beurteilung." So auch, wenn betont wird, es handele sich gerade um die rechtliche Billigung der „Selbsterhaltungsnormen". „Die Pflichtnormen sind Rechtsnormen . . ., welche . . . die Anforderungen regeln, die an das Sich-bestimmen-lassen durch die Pflichtvorstellung gestellt werden."[38])

Es ergibt sich also, daß die Pflichtnorm keineswegs identisch ist mit der Rechtsnorm als Bestimmungsnorm, denn erstere bestimmt niemals, bewertet aber, die letztere bewertet niemals, aber bestimmt stets und nur;[39]) die Pflichtnorm ist der Maßstab, an dem man die Vorwerfbarkeit eines Wirkungsmangels der Bestimmungsnorm im Täter zu messen vermag.[40]) So richtig wie die Behauptung ist, die Bewertungsnormen des Rechts bezüglich der objektiven Lebensordnung seien logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm — denn hier handelt es sich um die Frage: „wozu" bestimmen — so falsch ist es, die Bestimmungsnorm mit der Goldschmidtschen Pflichtnorm, die eine Bewertungsnorm ist, zu identifizieren; denn hier handelt es sich um die Frage nach dem „inwieweit" bestimmen.

b) Bestimmungsnormwidrigkeit als subjektive Rechtswidrigkeit. Die Möglichkeit einer Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit.

Diese Feststellung interessiert uns nun lediglich im Zusammenhang mit der Frage, ob die subjektive Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm abgeleitet ist, ob sie eine Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit zur Folge hat, oder ob nicht vielmehr jene Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeit bereits auf eine Trennungsmöglichkeit hinweist. Wir dürfen indessen nicht aus dem Gedächtnis verlieren, daß uns das Problem subjektiver Rechtswidrigkeit in zwei ganz verschiedenen Fällen beschäftigt hat: erstens in den Fällen der Bestimmungsnormwidrigkeit, wie bei den Absichtsdelikten und — nach subjektivistischer Auffassung — beim Versuch, zweitens aber in den Fällen der Sorgfaltsnormwidrigkeit, für die die abstrakten Gefährdungsdelikte, die Normen des Polizeirechts u. a. gesetzliche Beispiele bilden. Im Rahmen einer all-

---

[37]) Normativer Schuldbegriff, S. 440.

[38]) Goldschmidt, a. a. O., S. 441.

[39]) So auch Eric Wolf, Strafr. Schuldlehre, I, S. 63.

[40]) Daher unrichtig v. Liszt-Schmidt, a. a. O., und Sieverts. S. 110.

gemein geforderten subjektiven Rechtswidrigkeit ist die Frage aber auch für die Verletzung der speziellen, rechtsgutsbezogenen Sorgfaltsnormen zu beantworten.[41])

Die Absichtsdelikte, zu deren Typus sich ein Strafrecht, das stets das „Unternehmen" unter Strafe stellt und das sich für eine subjektive Rechtswidrigkeit entscheidet, grundsätzlich bekennt[42]) enthalten, wie wir bereits oben gesehen haben, das Verbot, sich nicht bestimmungsnormwidrig zu betätigen, wobei die Bestimmungsnorm stets aus dem Verletzungstatbestand abstrahiert werden muß. Wenn aber einerseits gesagt wird, die subjektive Rechtswidrigkeit liege vor bei „pflichtwidriger" Betätigung, andererseits, die subjektive Rechtswidrigkeit sei von der Bestimmungsnorm abgeleitet, so deutet das Wort „pflichtwidrig" nur auf die Verletzung der Bestimmungsnorm hin. Wer also z. B. die Absicht betätigt, einen Menschen zu töten, handelt „pflichtwidrig", soll heißen „bestimmungsnormwidrig" und daher rechtswidrig. Ueber die Schuld ist damit noch nichts gesagt; denn Schuld ist Vorwerfbarkeit, und Vorwerfbarkeit ist Pflichtnormwidrigkeit. Die Pflichtnorm aber — das haben wir eben nachzuweisen versucht — lautet anders als die Bestimmungsnorm; sie lautet also auch anders als die Verbotsnorm, deren Verletzung das subjektive Rechtswidrigkeitsurteil zur Folge hat. Daraus ergibt sich einerseits, daß hier Schuld und Rechtswidrigkeit nicht identisch sind, wenn auch infolge des Mangels an einem Entschuldigungsgrund identisch sein können, andererseits werden hierdurch aber auch die geradezu unmöglichen Konsequenzen vermieden, die die Dohnasche Scheidung von Schuld und Rechtswidrigkeit zur Folge hatte. Das normative Element der Schuld sollte zur Rechtswidrigkeit gehören, das psychologische der Schuld verbleiben. Dadurch konnte die Rechtswidrigkeit überhaupt nicht festgestellt werden, bevor der psychische, der Schuldtatbestand nachgewiesen war. Der andere Mangel indessen, der darin liegt, daß die „Schuld" gar kein Werturteil mehr war, zeigt sich hier aber ebenfalls, nur daß dieser Mangel der „Rechtswidrigkeit" anhaftet. Eine reinliche Scheidung ist hier dagegen gegeben. Gewiß, solange die Inhalte von Verboten, deren Verletzung das eine Mal Schuld und das andere Mal Rechtswidrigkeit zur Folge hat, voneinander abweichen, ist eine Unterscheidung von Schuld und Rechtswidrigkeit möglich. Fraglich bleibt aber, ob sie geboten ist. Daß zwar Bestimungsnormwidrigkeit und Pflichtnormwidrigkeit und damit Schuld und subjektive Rechtswidrigkeit zusammenfallen können, spricht noch nicht gegen das Gebotensein einer Unterscheidung; denn man unterscheidet ja auch Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, obgleich diese durch jene ohne weiteres gegeben sein kann.

Halten wir zunächst aber einmal fest, daß demnach für die Fälle der Bestimmungsnormwidrigkeit wohl die Behauptung richtig ist, daß hier

---

[41]) Vgl. unten S. 62 N. d.

[42]) „De lege ferenda wird es sich darum handeln, ob man einerseits die Zahl der Absichtsdelikte vermehren, ferner das Delikt in einem noch früheren Zeitpunkt sich vollenden lassen soll, ohne dann außerdem noch überall das Unternehmen der Tat unter Strafe zu stellen." Klee, Die gefährliche Handlung, S. 122. Er schlägt vor, Erpressung u. Betrug in diesem Typus zu vertatbestandlichen (a. a. O., S. 122/123).

die Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm abgeleitet wird,[43]) nicht aber die Annahme, die subjektive Rechtswidrigkeit führe notwendig zu einer Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit.

c) Allgemeine und besondere Sorgfaltspflichten.

Dieselbe Frage für die Sorgfaltspflichtverletzungen liegt wesentlich schwieriger. Zunächst einmal muß die Ableitbarkeit der subjektiven Rechtswidrigkeit aus der Bestimmungsnorm für zwei Fälle beantwortet werden, nämlich für die rechtsgutsbezüglichen Sorgfaltspflichten, d. h. solche, die dem zu schützenden Rechtsgut gegenüber konkret bestehen — ihre Verletzung begründet nach einer objektivistischen Rechtswidrigkeitsauffassung den Schuldvorwurf der „Fahrlässigkeit" — und die abstrakt bestehenden Sorgfaltspflichten, wie sie z. B. das Polizeirecht kennt, und wie wir sie bei den abstrakten Gefährdungsdelikten kennen gelernt haben, — ihre Verletzung stellt eine „einfache Normwidrigkeit" dar,[44]) ist „reiner Ungehorsam".[45]) Ihrem Charakter und Zweck[46]) entsprechend ist der Inhalt dieser Verbotsgruppen verschieden.[47]) Die Sorgfaltsnormen insgesamt sind so mannigfaltig und zahlreich, daß sie jeden Typisierungsversuch zum Scheitern bringen. Eine Art Generalklausel finden wir in § 276 BGB, der aber auch mehr auf Sorgfaltspflichten verweist, als daß er solche bestimmt. Als Quelle von Sorgfaltsnormen kommen vor allem Polizeiverordnungen, Reglements und Instruktionen in Betracht; auch finden sich z. B. im Familien- und Beamtenrecht derartige Bestimmungen. Natürlich sind nicht *nur* diese maßgeblich. Die konkreten Verhältnisse können vom einzelnen ein viel höheres Maß von Sorgfalt verlangen. Das Strafrecht vor allem bestimmt das Maß der zu beobachtenden Sorgfalt selbständig. So wird man hier insbesondere keinen anderen Ausweg finden, als den, welchen Goldschmidt für die strafrechtsbedeutsamen Sorgfaltsnormen an-

---

[43]) Wenn Goldschmidt (Normativer Schuldbegriff, S. 439) meint, das Recht als Bestimmungsgrund lasse die Frage offen, ob es nur die Absicht oder das bloße Voraussehen für bestimmungswidrig halte, das normative Schuldelement, der Widerspruch zu einer „Pflichtnorm" ergebe sich nicht aus dem Recht als Bestimmungsgrund, so ist dem zuzustimmen. Die Bemerkung enthält den richtigen Hinweis darauf, daß es nur immer auf den Inhalt von konkreten Verboten ankommen kann, daß so dehnbare Wendungen wie „Bestimmungsfunktion des Rechts" der Brauchbarkeit entbehren. Doch handelt es sich für unsere Frage nur darum, ob die Möglichkeit besteht, die subjektive Rechtswidrigkeit als vom Recht als Bestimmungsgrund abgeleitet anzusehen, für deren Beantwortung die Zugrundelegung jener allgemeinen Wendung unausweichlich ist. Am Mangel der Exaktheit wird hier auch keineswegs gezweifelt.

[44]) Vgl. Binding, Normen I, S. 111 ff. u. 397 ff.

[45]) ebenda.

[46]) Vgl. oben S. 51, Anm. 66 und Binding, a. a. O.

[47]) Diese Verschiedenheit trifft bei der Bestimmungsnormwidrigkeit je nachdem, ob sie subjektive Rechtswidrigkeit — insofern also auch „einfache Normwidrigkeit" — oder Schuld ist, nicht auf. Hier ist nicht der Inhalt der Verbote verschieden, sondern nur — dies gemeinsam mit den Sorgfaltsnormwidrigkeiten — das Ergehen des Verbots an eine bestimmte „Situation" (Hold), nämlich Gefährdung oder Verletzung, geknüpft.

gibt, bei denen es sich ja vorzüglich um die vermeidbare Nichtvoraussicht des Erfolgs handelt: „In Ermangelung besonderer Vorschriften folgt das Vorsichtsgebot aus dem Verbot der Rechtsgüterverletzung.“[48]) Diese Ansicht entspricht auch der oben für die Quelle der Bestimmungsnormen von uns gegebenen.

d) Die Verletzung der besonderen Sorgfaltspflicht als subjektive Rechtswidrigkeit.

Wenden wir uns also zunächst der letzteren Fallgruppe zu, um die Frage zu beantworten, ob hier die subjektive Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm abzuleiten ist und ob die subjektive Rechtswidrigkeit notwendig zu einer Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit führt; das macht eine kurze Skizzierung des Fahrlässigkeitsbegriffs erforderlich.

Die Untersuchung muß hier anknüpfen an die Bemerkung, daß die Sorgfaltspflicht, die rechtsgutbezogen ist, inhaltlich verschieden ist von den abstrakten allgemeinen Sorgfaltspflichten. Daran ist vor allem hervorzuheben, daß es sich in den hier zunächst interessierenden Fällen stets um „besondere“[49]) Pflichten handelt, als deren Quelle — wie bei den besonderen[50]) Rechtspflichten zur Erfolgshinderung bei den unechten Unterlassungsdelikten — z. B. Familien- und Beamtenrecht in Frage kommen, die aber für das Strafrecht insbesondere eine erhebliche Ergänzung durch das allgemeine Verbot der Rechtsgüterverletzung erfahren. Liegt eine sorgfaltspflichtwidrige Verletzung vor, kommt nun eine Pflichtwidrigkeit bezüglich des Sichbestimmenlassens zunächst nicht in Frage; denn daß bei der „unbewußten“ Fahrlässigkeit sich eine psychologische Erfolgsbeziehung jedenfalls nicht nachweisen läßt, hat Kohlrausch[51]) mit bezwingender Logik nachgewiesen, welche Erkenntnis ihn damals zu der Folgerung nötigte, daß die Haftung für unbewußt fahrlässige Verletzung sich zusammensetze aus einer Haftung für die Sorgfaltspflichtverletzung und einer Erfolgshaftung. m. a. W., daß die unbewußte Fahrlässigkeit gar keine Schuldform sei.[52]) Diese Ansicht ist jetzt allgemein aufgegeben: denn nicht die psychische Verbindung mit dem Erfolg, sondern lediglich die juristische

---

[48]) Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 439 Anm. 7.

[49]) Daran scheitert die Dohnasche „Allgemeine Diligenzpflicht“. Vgl. Dohna in GS 65, S. 323; ZStW 32, 337, wo die Ansicht zurückgenommen wird.

[50]) § 360 Nr. 10 StGB ist eine allgemeine Pflicht, sie umfaßt daher nicht die Verpflichtung, den Erfolg abzuwenden; daher auch keine Haftung für den Erfolge im Falle der Verweigerung der Hilfeleistung.

[51]) Reform des StGB; Aschrott-Liszt 1910 Bd. I S. 196 und 208.

[52]) Ebenso Galliner, Die Bedeutung, S. 31. Auch im Rahmen der Strafrechtsreform ist diese Behauptung wieder laut geworden; so bei Klee, Dtsch. Strafr. 1934 S. 23 und 116. Die Begründung ist allerdings nicht stichhaltig: „Man kann noch so fahrlässig handeln — will es die Gnade des Zufalls, daß kein Unheil daraus entsteht, ist man nach geltendem deutschen Recht straflos.“ Auch ist der schuldhaft nicht vorausgesehene Erfolg nicht „zufällig“. Erfolgshaftung ist doch nur dann gegeben, wenn für mehr (!) gehaftet wird, als schuldhaft verursacht wurde.

Kausalverknüpfung mit diesem kann über die Frage entscheiden, ob Erfolgshaftung vorliegt. Es ist nun diese juristische Verknüpfung bei der unbewußten Fahrlässigkeit vorgenommen worden[53]) durch die Einfügung einer Verbotswidrigkeit, die sich auf die spezielle Sorgfaltspflicht bezieht, genau so, wie die juristische Kausalverknüpfung mit dem Erfolg bei Begehungsdelikten durch Unterlassung, wo es am Kausalzusammenhang im naturwissenschaftlichen Sinne ermangelt, durch die Rechtswidrigkeit der Unterlassung zustandegekommen ist.[54]) Die pflichtwidrige Nichtvorstellung des Erfolges steht vom juristischen Standpunkt aus der Vorstellung gleich, sie ist eine „quasi-psychologische Erfolgsbeziehung."[55]) Sie schließt somit die juristische Kausalkette, wodurch die Annahme von Erfolgshaftung hinfällig wird und für die unbewußte Fahrlässigkeit deren Eigenschaft als Schuldform gerettet ist. Auch bei der unbewußten Fahrlässigkeit liegt eine „Vordatierung der Empfindlichkeit" der strafrechtlichen Reaktion vor, nämlich in der Weise, daß das Gesetz den Täter verpflichtet, sich die Erfolgsvorstellung selbst zu schaffen, um sich dann von ihr motivieren zu lassen. „Während also die gewöhnliche, dem Schuldvorwurf zugrundeliegende psychologische Beziehung ist, daß der Täter sich durch die hemmende Erfolgsvorstellung nicht hat motivieren lassen, gehen wir hier einen Schritt weiter: wir machen dem Täter schon zum Vorwurf, daß er sich nicht aktiv selbst durch die Erfolgsvorstellung in dem von der Rechtsordnung gewünschten Sinne motiviert hat."[56]) Der Vorwurf geht hier also dahin, daß, wenn der Täter aus den erkannten oder erkennbaren begleitenden Umständen, welche den Eintritt des Erfolges als möglich erscheinen ließen, sich die Erfolgsvorstellung geschaffen haben würde, wenn er also, soweit dazu auf Grund der begleitenden Umstände die Möglichkeit bestand, die Folgen vorausgesehen hätte, diese Erfolgsvorstellung ein Gegenmotiv hätte bilden müssen, welche die Betätigung verhindert haben würde. Der Inhalt der Sorgfaltsnormen, deren Verletzung Fahrlässigkeit begründet, läßt sich also ableiten aus dem allgemeinen Gebot, die begleitenden Umstände für die Bildung eines richtigen Urteils zu verwerten, welches die Möglichkeit des Erfolgseintritts zum Gegenstand hat. Die Unterlassung dieser Verwertung ist demnach pflichtwidrig, wenn die begleitenden Umstände ein Urteil möglich machten oder wenn sie zwar verwertet wurden, aber nicht pflichtmäßig, so daß der Täter dennoch zum Tatentschluß gekommen ist; die zweite Alternative charakterisiert die bewußte Fahrlässigkeit. Dazu kommt bei der Fahrlässigkeit das allgemeine, auch dem Vorsatz eigentümliche normative Element, welches die Bestimmbarkeit durch die mögliche Erfolgsvorstellung zum Inhalt hat. Nach subjektivistischer Rechtswidrigkeitsauffassung ist also rechtswidrig eine Betätigung, die den Normen widerspricht, sich, soweit möglich, die Erfolgsvorstellung zu schaffen und sich, soweit zumutbar, durch die mögliche Erfolgsvorstellung bestimmen zu lassen.

Durch diese Erörterungen ist unsere erste Frage, die nach der Ableitung der hier behandelten subjektiven Rechtswidrigkeit ohne weiteres entschieden; eine Rechtswidrigkeit des Sich-nicht-bestimmen-lassens durch

---

[53]) Vor allem von Dohna, ZStW 32, und Goldschmidt, Notstand.

[54]) Vgl. aber unten S. 90, Anm. 41.

[55]) Goldschmidt, Notstand, S. 23.

[56]) Notstand, S. 26.

die Wertungen, die der Gesetzgeber den Rechtsgütern hat zuteil werden lassen, ist nur möglich, wenn der Täter die Verletzung eines Rechtsguts als möglich vorausgesehen hat, und somit überhaupt ein Fall vorliegt, wo die Wertungen des Rechts im Motivationsprozeß eine Rolle zu spielen in die Lage versetzt sind. Damit ist allerdings nicht behauptet, daß das Recht niemals bestimmen kann, sorgfältig zu sein — solche Fälle werden uns sogleich zu beschäftigen haben, sondern es wurde lediglich nachzuweisen versucht, daß, soweit die Unsorgfältigkeit sich auf eine Erfolgsverursachung bezieht und somit an die Tatsache der Nichtvoraussicht des Erfolges, ob vorwerfbar oder nicht, anknüpft, eine subjektive Rechtswidrigkeit nicht von der Bestimmungsnorm ableitbar ist;[57]) — es läßt sich aber auch keineswegs sagen, daß die Rechtswidrigkeit hier von der Sorgfaltsnorm abgeleitet wäre, denn die Sorgfaltsnorm ist keinesfalls etwas, was man der Bewertungs- oder Bestimmungsnorm, dem Recht in seiner Bewertungs- und Bestimmungsfunktion, an die Seite zu stellen vermag. Die Aussage: das Recht wertet und : das Recht wirkt, ist eine Aussage über Funktionen, die das Recht auszuüben in der Lage ist. Die rechtsgutsbezogene Sorgfaltspflichtverletzung ist aber gerade dann gegeben, wenn das Recht seine Funktion nicht ausübt, nicht ausüben kann, wenn eine Wirkung des Rechts gerade ausgeschlossen ist; das Versagen der Funktion kann aber nicht neben „anderen" Funktionen des Rechts einen Platz beanspruchen. Ich erwarte den Einwand, daß das Nichtwirken der Bestimmungsnorm im Falle einer Sorgfaltspflichtverletzung ja nur den Einzelfall trifft, genau so, wie das Recht seine Bestimmungsfunktion in concreto nicht auszuüben vermag, soweit es im Falle des Vorsatzes nicht gelingt, der Bestimmungsnorm den überwiegenden Einfluß einzuräumen, daß demnach die Besonderheiten des Einzelfalls an dem Bestehen dieser Funktion nichts zu ändern vermögen. Das ist richtig. Wollen wir aber doch nicht vergessen, daß die Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeit als aus der Bestimmungsnorm abgeleitet anknüpft an die Behauptung, das Recht wende sich an den „intelligibeln Willen", die Verletzung einer Deliktsnorm sei „Ungehorsam", „Unbotmäßigkeit" und daß deshalb der Ausdruck „Bestimmungsfunktion" nur im Sinne der Eigenschaft des Rechts, auf den Willen bestimmend zu wirken, gebraucht worden sein kann,[58]) zumal die Schriftsteller, die jene Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeit veranlaßt haben, auch das unsorgfältige Handeln als ein bewußt ungehorsames auffaßten.[59]) Wenn dagegen mit „Bestimmungsfunktion" nichts anderes bezeichnet sein soll, als die Eigenschaft des Rechts, „einen Impuls zu einem bestimmten (?) Verhalten zu geben",[60]) dann mag auch beim fahrlässigen Handeln die subjektive Rechtswidrigkeit von der Bestimmungsnorm abgeleitet sein, womit aber diese Funktion des Rechts jedes greifbaren Inhalts entblößt ist.[61])

---

[57]) Einer sich an die Täterpsyche wendenden Bestimmungsnorm, einem „Imperativ" im Sinne Thons, ist natürlich auch hier widersprochen.

[58]) Vgl. zu Merkel, oben S. 24, Thon, Rechtsnorm, S. 12, 14; ebenso zu Binding, oben S. 34.

[59]) so Thon, Rechtsnorm, S. 78 Anm. 20; Binding, Normen I, S. 112.

[60]) Thon, Rechtsnorm, S. 2.

[61]) Es ist eine Eigentümlichkeit unseres Gesetzes — im Gegensatz zum englischen und zu den romanischen Rechten (vgl. S. 221 ff. bei Exner, Wesen der Fahrlässigkeit), vgl. aber auch § 21 Preßgesetz vom 7. 5. 1874 — vielleicht auch ein

Anhang: Zur Reform.

Damit bestätigt sich u. E. der Einwand gegen ein von der Bestimmungsnorm ausgehendes System, daß sich die Fahrläßigkeit einer ungezwungenen Erfassung entzieht. Ebensowenig wie damals dürfte es daher heute ein Spiel des Zufalls sein, wenn nicht nur im Vorsatz, sondern auch in der Fahrlässigkeit eine bewußte (!) Auflehnung, ein Ungehorsam gegen den Rechtswillen gesehen wird. So behauptet neuerdings Klee (DJZ 1934, S. 1309), die Fahrlässigkeit beruhe „in der volksschädlichen Gleichgültigkeit . . gegen die für das völkische Zusammenleben unentbehrliche Unversehrtheit der Rechtsgüterwelt und der daraus folgenden Nichtanspannung des Willens mit der Folge der Unaufmerksamkeit". Auch unbewußte Fahrlässigkeit sei „asoziale willensmäßige Einstellung, also Willensschuld" und scheide deshalb keineswegs aus dem Willensstrafrecht aus. Klee hat mit dieser „lebensfremden Konstruktion" (Freisler, Komm. Dtsch. Strafr. Allg. Teil, S. 29, vgl. auch S. 13) bisher keine Gefolgschaft gefunden.

e) Die Möglichkeit einer Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit.

Nicht entschieden dagegen ist die Frage nach der Trennung von subjektiver Rechtswidrigkeit und schuldhafter Fahrlässigkeit, eine Trennung, die bei der Bestimmungsnormwidrigkeit durch Eleminierung des normativen Elements aus der subjektiven Rechtswidrigkeit vorgenommen wurde.

Eine Eleminierung der normativen Elemente ist natürlich auch hier möglich. Dabei ergibt sich für die Ausschaltung des allgemeinen normativen Schuldelements, welches auch dem Vorsatz eigentümlich[62]) ist, nichts anderes als beim Vorsatz selbst, nur daß bei der Fahrlässigkeit nicht ohne weiteres nur ein psychischer Tatbestand übrig bleibt. Eleminiert man auch noch das für die Fahrlässigkeit typische normative Element, so verbleibt ein psychischer Tatbestand, über dessen Inhalt weiter nichts auszu-

---

Mangel, daß es die konkrete, auf die Möglichkeit des Erfolgseintritts bezügliche Sorgfaltspflichtverletzung, also die Fahrlässigkeit, nur bestraft, wenn der Erfolg eingetreten ist, nur die fahrlässige Verletzung verpönt, andererseits aber in den abstrakten Gefährdungsdelikten eine Sorgfaltspflichtverletzung unter Strafe stellt, auch wenn der Eintritt eines Erfolges gänzlich unmöglich ist, wenn also der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts pflichtmäßig seiner Verantwortung unterstellt hat und nur versäumte — um es etwas kraß auszudrücken, — dem Geßlerhut des Gesetzgebers seine Ehrenbezeugung zu erweisen. Das Mittelglied zwischen jenen beiden Fällen, als welches sich die Verpönung der konkreten, auf den Erfolg bezüglichen Sorgfaltspflichtverletzung darstellen würde, auch ohne daß der Erfolg eintrat, obgleich sein Eintritt möglich oder wahrscheinlich war, fehlt. Ist das Verhalten einer Mutter weniger strafwürdig, die ihre Kinder in der im 4. Stockwerk gelegenen Wohnung allein läßt, ohne die Fenster zu schließen, obgleich das Hinausstürzen der Kinder wahrscheinlich und voraussehbar war, als das Verhalten eines Laubenbesitzers, der sein Haus in Brand setzt, nachdem er sorgfältig den Ausschluß jeglicher Gefahr geprüft hat? Die Mutter „kann von Glück sagen", (Goldschm. Notst. S. 28) wenn das hinausgestürzte Kind nur ein Bein bricht, oder wenn sich gar nichts ereignet, der Laubenbesitzer hat „Pech", wenn er sich in dem unbeachtlichen Strafrechtsirrtum befand, das gefahrlose Anzünden seines Hauses sei erlaubt. vgl. aber S. 92 ff.

[62]) Vgl. v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. § 41 IV 2.

sagen ist, als daß der Täter den Erfolg nicht vorausgesehen hat,[63]) insonderheit etwa auch eine abstrakte Sorgfaltspflichtverletzung.[64]) Anderes läßt sich nur aussagen, wenn man fälschlich annimmt, die unbewußte Fahrlässigkeit sei eine bewußte Pflichtverletzung,[65]) oder die Fahrlässigkeit insbesondere sei Gefühlsschuld, weil der Täter „durch sein Handeln zeigt, daß er die rechtlich geschützten Güter gering werte und ihm an ihrer Verletzung nichts liege“,[66]) anderes auch dann, wenn man insonderheit die unbewußte Fahrlässigkeit als Charakterschuld ansieht: „Die Strafe der unbewußten Fahrlässigkeit ist . . . im Grunde eine Charakterstrafe, zwar nicht unmittelbar des Charakters, wohl aber, wie es einem allgemeinen strafrechtlichen Prinzip entspricht, der Betätigung eines unerzogenen rücksichtslosen Charakters, eine Strafe dafür, daß das Individuum sich nicht besser zum Wissen und zur Aufmerksamkeit erzogen hat.“[67]) Aber abgesehen von der Frage des Substrats, auf das sich die Fahrlässigkeit bezieht, bleibt in psychologischer Hinsicht nur das Nichtvoraussehen des Erfolges übrig, zumal zu berücksichtigen ist, daß nach geltendem Recht sich die Fahrlässigkeit auf den konkreten Erfolg beziehen muß,[68]) also auf einen ganz konkreten Fall. Für die in Frage stehenden Fälle ergibt sich ferner eine Trennungsmöglichkeit von subjektiver Rechtswidrigkeit und Schuld dann, wenn man mit der herrschenden Lehre[69]) annimmt, es müsse „dem Täter die Befolgung des Vorsichtsgebots und demgemäß die Erlangung der Voraussicht des Erfolges im Hinblick auf seine individuellen geistigen Fähigkeiten billigerweise zugemutet werden können.“[70]) Man könnte also unter Anwendung des generellen Maßstabs das Pflichtwidrigkeitsurteil zur Rechtswidrigkeit ziehen, doch entfällt auch hier jene Möglich-

---

[63]) v. Hippel, Lehrb. II § 26 IV 1a; v. Liszt-Schmidt § 41 III; unrichtig daher Mezger, Lehrb. § 46 S. 356, der v. Liszt vorwirft, dieser gebe die Fahrlässigkeit als psychologische Schuldform preis.

[64]) Ueber deren Verhältnis zueinander Engisch, Untersuchungen, § 25.

[65]) So noch Mezger, in GS 89, S. 257; dagegen mit Recht v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. § 41 Anm. 13; Engisch, Untersuchungen, S. 374; vgl. dazu auch Kantorowicz, Unecht. Unterl. u. unbw. Fahrl. Del. Str. Abh; Bd. 69, S. 19. Mezger hat seine Ansicht jetzt eingeschränkt: vgl. Lehrbuch, § 46 N. 3. Die Ansicht geht aber bis auf die Theorie des psychologischen Zwanges zurück (Feuerbach); vgl. dazu v. Hippel, VDA III 1908, S. 454 ff.; derselben Auffassung neigen zu: Mittelmaier. Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit, ZStW 32, 1911, S. 426; Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld, 1926, insb. S. 32 ff.; Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit 1912, S. 95.

[66]) so Exner, Wesen der Fahrlässigkeit, S. 176, S. 175 u. ff.; ähnlich Tesa, ZStW. 32 S. 411; ähnlich auch Sauer, Grundlagen 1921, S. 560: „Besteht die Folge (Straffolge) vorzugsweise aus Gefühlen, so können die Voraussetzungen im wesentlichen nicht anders beschaffen sein.“ Dagegen Goldschmidt, Notstand, S. 23.

[67]) v. Bar, Gesetz u. Schuld, II, 1907, S. 444; gegen ihn insbes. Hippel, VDA. III 1908, S. 567 Anm. 5 und Lehrb. II. § 26 S. 371. Goldschm. Norm. Schuldbegriff, S. 466 ff.

[68]) Dies betont auch Hippel, Lehrb. II § 26 S. 375 gegen Kadecka, Oesterr. Gerichtszeitg. 76, 1925, der S. 12 dem Täter allgemein die mangelnde „Abscheu“ und den mangelnden „Widerwillen“ gegen das Unrecht zurechnen will, d. h. Zurechnung zum Charakter.

[69]) Vgl. die Uebersicht bei Engisch, Untersuchungen, S. 425 Anm. 37.

[70]) v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. 1932. § 41 S. 278 IV. 1b.

keit, wenn der konkrete Tatbestand die Gefahr einer „Bestrafung der Dummheit“[71]) ohnehin ausschließt. Also schlechthin identisch braucht auch im Falle rechtsgutsbezüglicher Sorgfaltspflichtverletzung subjektive Rechtswidrikeit und Schuld nicht zu werden; doch bleibt auch hier das Gebotensein einer solchen Trennung ein ungelöstes Problem, welches später einer Erörterung zugänglich gemacht werden soll.

f) Die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht als subjektive Rechtswidrigkeit.

Bevor wir uns nun der Betrachtung über ein Strafrechtssystem mit subjektiver Rechtswidrigkeit als Ausgangspunkt zuwenden, wollen wir uns der schon angekündigten[72]) Frage in Kürze widmen, ob die subjektive Rechtswidrigkeit, wie sie uns in den abstrakten Gefährdungsdelikten entgegentritt, von der „Bestimmungsnorm“, besser, dem Recht in seiner Bestimmungsnorm, abgeleitet ist. Die Pflichtwidrigkeit der Betätigung besteht hier lediglich darin, daß der Täter sich nicht durch die Erkenntnis des Bestehens der Vorschrift, auf der Strandhöhe kein Feuer anzuzünden u. a., von der Tat zurückhalten ließ; denn, da die Erfolgshinderung nicht zum Verantwortlichkeitsbereich des Täters gehört, eine juristische Kausalverknüpfung vom psychologischen Tatbestand zum Erfolg nicht vorliegt, kann nur die Verletzung einer gänzlich von außen an den Täter herantretenden Norm in Frage kommen, deren Uebertretung dann pflichtwidrig ist, wenn und insoweit der Rechtsunterworfene ungehorsam ist.“[73]) Wir haben es bei den abstrakten Gefährdungsdelikten also mit Fällen zu tun, in denen der Täter durch das Gesetz, nicht, wie im Falle der konkreten Fahrlässigkeit durch sich selbst, zur Sorgfältigkeit bestimmt werden soll. Der Begriff der Gefahr, wie er uns in der Ueberschrift zum 27. Abschnitt des Strafgesetzbuchs entgegentritt, ist eben, soweit es sich um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, ein rein juristischer, kein tatsächlicher, weshalb er natürlich an Wirklichkeitsgehalt einbüßt. Bleibt also für die Uebertretung der Gesetzesvorschriften nur eine „einfache Normwidrigkeit“ übrig: die Handlung, welche sich vom Standpunkt des Gesetzes als sorgfaltspflichtwidrig gegen die geschützten Rechtsgüter darstellt, ist rechtswidrig, weil sie pflichtwidrig ist; doch wird das Vorliegen des Sorgfaltsmangels vom Gesetz lediglich unterstellt. Insofern liegt also eine präsumierte konkrete Sorgfaltspflichtwidrigkeit vor,[74]) aus deren vielen möglichen Fallgestaltungen einige, in der Gestalt der abstrakten Gefährdungsdelikte vertypt sind in Normen, die ihrerseits wieder vorsätzlich oder fahrlässig übertreten werden können. Es scheint daher, als ob hier wieder die subjektive Rechtswidrigkeit vom Recht in seiner Bestimmungsfunktion abgeleitet ist, denn rechtswidrig ist nicht erst die Rechtsgüterverletzung — sie ist nur Bedingung höherer Strafbarkeit — sondern rechtswidrig ist eine bestimmungsnormwidrige Betätigung, die das Gesetz als eine Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber Rechtsgütern an-

[71]) Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, in Frank-Festgabe I, S. 454.
[72]) Vgl. oben S. 61.
[73]) Vgl. oben S. 62.
[74]) Vgl. oben S. 51, A. 66.

sieht. Doch auch dies kann nur unter Vorbehalten zugegeben werden. Wenn Mezger als bedeutender Verfechter einer objektiven Rechtswidrigkeit einerseits sagt:[75]) „Unrecht ist Widerspruch gegen das Recht als Bewertungsnorm, Veränderung eines rechtlich gebilligten bzw. Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Zustandes, nicht rechtlich mißbilligte Veränderung eines Zustandes. Das Verbrechen ist rechtswidrig, weil es eine Rechtswidrigkeit bewirkt," andererseits aber ausführt:[76]) „Es hieße jede Gründlichkeit der Betrachtung verleugnen, wollte man das Recht als Bestimmungsnorm erfassen, ohne es zuvor als Bewertungsnorm erfaßt zu haben. Denn wer jemanden zu etwas „bestimmen" will, der muß zuvor wissen, zu was er ihn bestimmen will," kann er den Inhalt der Bestimmungsnorm nur auf denselben Gegenstand beziehen, auf den sich seiner Ansicht nach die Wertung erstreckt. Wenn er also als den Gegenstand der letzteren die „objektive Lebensordnung"[77]) ansieht, kann er nur die sogen. „Rechtsgüter" gemeint haben, andernfalls fiele nämlich eine pflichtwidrige Betätigung, d. h. eine subjektive Rechtswidrigkeit, die den Rechtsgüterbestand nicht in Mitleidenschaft zieht, unversehens[78]) auch unter den Begriff der „objektiven Lebensordnung", was aber gerade ausgeschlossen sein soll. Der Inhalt der Bestimmungsnorm müßte demnach auf die Rechtsgüterverletzung irgendwie Bezug nehmen; doch kann davon bei der Bestimmungsnorm, die bei den abstrakten Gefährdungsdelikten in Frage steht, keine Rede sein. Im übrigen geht es nicht an, das Abgeleitetsein der Rechtswidrigkeit vom Recht in seiner Bestimmungsfunktion überall da zu bejahen, wo das Recht Sorgfaltsvorschriften vertypt hat, zu bejahen, weil eben eine Norm vorhanden ist, deren Kenntnis die Motivation zu beeinflussen hat. Denn Recht in seiner Bestimmungsfunktion ist im zu rechtswidrigem Handeln Entschlossenen nur das, was man als Rechtsbewußtsein dann bezeichnet, wenn sich die Selbsterhaltungsnormen und die Anforderungen des Gesetzes im Handelnden gerade wegen der Wirksamkeit des Rechtsbewußtseins selbst ausgleichen. Das Rechtsbewußtsein aber bezieht sich, wie die allgemein vorauszusetzende Kenntnis von Gesetzen, nur auf ein allgemeines unbestimmtes Geschehen, nicht auf ein konkretes individuelles Ereignis; es verflüchtigt sich vor allem da, wo der Inhalt der Norm einer Beziehung zur Rechtsgutsverletzung entbehrt. Selbst also wenn das Gesetz den Tatbestand einer Sorgfaltspflichtverletzung ganz kasuistisch in Bestimmungsnormen auflösen und deren Verletzung als „einfache Normwidrigkeiten" ansehen wollte, könnte man diese Bestimmungsnormen nicht mit dem Recht in seiner Bestimmungsfunktion identifizieren, erst recht aber nicht, wenn es sich um abstrakte Sorgfaltspflichten handelt.

Aus dem Gesagten mag ersichtlich sein, daß die Charakterisierung der subjektiven Rechtswidrigkeit als vom Recht in seiner Bestimmungsfunktion abgeleitet, sehr wenig glücklich ist; sie ist viel zu allgemein. Richtig betont Goldschmidt: „Aus der bloßen Wendung des Tötungsverbots als Bestimmungsnorm würden sich diese (der Schuld eigenen) Pflichtnormen nicht ohne weiteres ergeben. Es bliebe . . . schon unklar,

---

[75]) in GS 89, S. 245, 146.
[76]) a. a. O., S. 241.
[77]) a. a. O., S. 242.
[78]) so bei Hegler, Frank-Festg. I, S. 300.

ob nur die absichtliche Tötung verboten sein soll."[79]) Andererseits deckt sie nicht die Fälle der Sorgfaltspflichtverletzungen,[80]) soweit diese allein schon rechtswidrig sein sollen. Die Betrachtung der subjektiven Rechtswidrigkeit muß vielmehr mit einer Betrachtung der Schuld Hand in Hand gehen, d. h. sie kann ebensowenig wie diese an jener allgemeinen Wendung Genüge finden, daß das Recht einen Bestimmungsgrund zu rechtmäßigem Handeln abgebe und daß es als Rechtsbewußtsein oder als Motiv im Widerstrebenden eine tatsächliche Existenz habe. Wir müssen deshalb aber auch Wertungen in Betracht ziehen, die sich nicht auf den Gegenstand[81]) erstrecken, welchen die Objektivisten in der Rechtswidrigkeitsfrage als denjenigen bezeichnen, bezüglich dessen das Recht eine Bewertungsfunktion ausübt, nämlich die „objektive Lebensordnung".

---

[79]) Goldschmidt, Norm. Schuldbegriff, S. 440 oben.

[80]) Goldschmidt, a. a. O.

[81]) Daß der Unterschied zwischen subjektiver u. objektiver Unrechtslehre in der Frage des Gegenstandes liegt, und nicht bei der: Bestimmen oder Bewerten? übersieht Nagler auch noch in „Deutsches Recht", 1934, S. 55.

§ 7. Strafwürdigkeit und Verbot.

Schon Binding hat uns gelehrt: die Behauptung, die Tötung z. B. werde bestraft, *weil* sie rechtswidrig ist, ist unzulänglich, ja falsch; nur war sein Zurückgehen auf die „Norm" bei der Suche nach dem Grunde der Rechtswidrigkeit auf halbem Wege stehen geblieben.[1]) Die Behauptung aber, die Tötung werde bestraft, *wenn* sie rechtswidrig sei, setzt eine Beantwortung der Frage voraus, *was* an der Tötung rechtswidrig ist, d. h. gegen die Anforderungen des Rechts verstößt. Binding sieht in einem „Verbrechen" schon die Verletzung zweier Verbote,[2]) des der Unbotmäßigkeit und des der Rechtsgüterverletzung. Binding hätte allerdings[3]) nicht von „Verbrechen" reden dürfen, denn er meint nur die „rechtswidrige Handlung". Das Verbrechen als (tatbestandsmäßige) rechtswidrige, schuldhafte Handlung verstößt gegen noch mehr Verbote, vom Bindingschen Standpunkt aus also mindestens gegen drei.[4]) U. E. ist es unumgänglich, daran festzuhalten, daß im Hinblick auf das Strafgesetz erst die Strafwürdigkeit die Verbote schafft: „Andernfalls hätte es offenbar keinen Sinn, die Strafdrohung aufzustellen. Die Eigenschaften, derentwegen eine Handlung mit Strafe bedroht wird, müssen dieser Handlung also unabhängig von der Thatsache, daß sie unter Strafe gestellt ist, anhaften."[5]) Ebenso unumgänglich scheint uns aber zu sein, in Schuld und Rechtswidrigkeit wissenschaftlich ausgesonderte Teilwertungen, d. h. also Strafwürdigkeitskomponenten zu sehen. Wenn aber Strafwürdigkeit und Verbot, Strafwürdigkeitskomponente und Verbotsteilinhalt eine Wechselbeziehung aufweisen, wird sofort klar, daß die Objektivisten und die Subjektivisten in der Rechtswidrigkeitslehre dem Gesetz gänzlich verschiedene Verbote unterstellen, wovon wiederum abweicht die Lehre von den so genannten subjektiven Unrechtselemeten, abweicht insofern, als sie für gewisse Fälle, nämlich — im einzelnen unterschiedlich — bei manchen oder allen Rechtfertigungsgründen die Möglichkeit des Rechtmäßigwerdens der Handlung einschränkt durch das Erfordernis anforderungsgemäßer Motivation oder die Rechtswidrigkeit bezüglich gewisser Deliktsgruppen erst

---

[1]) Das Verdienst Bindings, zutreffend auf ein Vorstadium der Rechtswidrigkeitserklärung zurückgegriffen zu haben, hat vor allem Kohlrausch hervorgehoben: Irrtum u. Schuldbegriff, § 7 S. 41.

[2]) Hier ist natürlich nicht an Konkurrenzen gedacht.

[3]) Binding, Normen I, S. 365.

[4]) „In jedem unbewußt fahrlässigen Begehungsdelikt durch Unterlassung stecken jedenfalls vier Normwidrigkeiten: zwei Rechts- und zwei Pflichtwidrigkeiten." Goldschm. Notst. S. 26 Anm. 17.

[5]) Kohlrausch, Irrtum u. Schuldbegriff, § 4 S. 23.

bei Vorliegen sinnerfüllten Wollens für gegeben erachtet.[6]) Demnach kann man wohl sagen, daß die Objektivisten die Strafwürdigkeit eines Verletzungstatbestandes an zwei Stellen sehen, deren jede ein Verbot, vom Gesetzgeber aus gesehen eine Anforderung begründet: nämlich die Strafwürdigkeit und somit Verbotswidrigkeit des Tod-Verursachens etwa, und die Strafwürdigkeit und somit Verbotswidrigkeit der Sorgfalts- bzw. Bestimmungspflichtverletzung, je nachdem, ob die Verursachung fahrlässig oder vorsätzlich erfolgte. Die Zuwiderhandlung gegen diese Verbote hat einmal das Rechtswidrigkeitsurteil, d. h. ein Unwerturteil bezüglich der Rechtsgutsverletzung zur Folge, das andere Mal wird das Schuldurteil daran geknüpft. Fraglich konnte aber bleiben, ob jedes Delikt die Aussonderung der genannten Teilwertungen zuließ, ob insbesondere das Gesetz sich nicht für gewisse Fälle mit dem Verbot bestimmungswidriger oder sorgfaltswidriger Motivation begnügt, an die Handlung als solche ein Unwerturteil im Sinne einer Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung jedoch nicht geknüpft werden kann.

Nun wurde nachzuweisen versucht, daß in den Tatbeständen der abstrakten Gefährdungsdelikte von der Strafwürdigkeitskomponente und somit Verbotswidrigkeit der Rechtsgüterverletzung, das die Rechtswidrigkeit nach objektivistischer Auffassung ausmachen soll, gänzlich Abstand genommen ist, während die andere Strafwürdigkeitskomponente, das Verbot der Sorgfaltspflichtverletzung, welches hier abgesehen von seinem Losgelöstsein gegenüber einer konkreten Rechtsgutsverletzung — Schuld begründet, selbständig unter Strafe gestellt ist. Die damit schon manifestierte Rechtswidrigkeit, d. h. Anforderungswidrigkeit, kann gar nicht bestritten werden. Genau so ist es bei den Absichtsdelikten. Wäre § 242 StGB ein Verletzungsdelikt, würde es also erst die vollendete rechtswidrige Zueignung bestrafen, wäre auch hier die Aussonderung zweier Strafwürdigkeitskomponenten und damit zweier Verbotswidrigkeiten gegeben; erstens bezüglich der rechtswidrigen Motivation und zweitens bezüglich der Rechtsgutsverletzung. Auch hier fehlt es an einer Möglichkeit der Aussonderung bezüglich der letzteren. In beiden Fallgruppen wird also die Anforderungswidrigkeit durch rein subjektive Elemente begründet. Ohne sich gegen den klaren Gesetzeswortlaut zu überheben, wird es also nicht möglich sein, die dahingehende Behauptung: keine Schuld ohne Unrecht, Unrecht ist logische Voraussetzung der Schuld — gemeint ist leider *begangenes* Unrecht, sonst wäre der Behauptung wohl zuzustimmen — halten zu können. Rücksichtlich des Inhalts konkreter Verbote ist also nicht zu leugnen, daß die Stellung der objektiven, d. h. auf den objektiven Tatbestand bezüglichen Anforderungswidrigkeit auf jener Linie relativ ist, die bei dem Außenweltereignis, bei der schweren Gemeinschaftsschädigung beginnt, ihren Verlauf nimmt über die schwere oder leichtere Gefährdung eines Rechtsguts, die bloße verbrecherische Betätigung, die Nichtachtung der Bestimmungsnorm usw., um bei der feinsten psychischen Regung ihr Ende zu finden. Die objektive Anforderungswidrigkeit tritt dadurch eventuell in Abhängigkeit von der Schuld. Der objektive Tatbestand ist nicht mehr ausschließlich die Domäne der „Rechtswidrigkeit", der subjektive nicht mehr ausschließlich die der „Schuld". M. a. W.: die objektiven Anforderungen, die das Gesetz an den Täter stellt, reichen nicht immer bis zur Substratwidrigkeit der verbotenen Handlung, diese braucht

[6]) Vgl. unten S. 77 ff. u. 101 ff.

nicht immer eine Rechtswidrigkeit zu bewirken.[7] [8]) Das ist bezüglich der „Wegnahme" beim Diebstahl ja von Verfechtern der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen durchaus anerkannt worden. Nur muß man nicht meinen, das Manko einer Rechtsgutsverletzung durch eine hinzutretende Absicht, durch deren Vorliegen der Handlung ein rechtsgutsverletzender Charakter überhaupt oder stärker verliehen würde, wieder gut machen zu können. Daß diese Ansicht verfehlt ist, wurde oben zu begründen versucht. Nun haben wir daselbst allerdings auch angenommen, daß über die Rechtswidrigkeit der „Wegnahme" z. B. nicht das bürgerliche Recht, sondern das Strafrecht selbst entscheidet, und zwar in der Weise, daß die Wegnahme stets rechtswidrig ist, wenn sie von der Absicht rechtswidriger Zueignung begleitet wird. Also doch subjektives Unrechtselement! — wird man meinen. Keineswegs. Zunächst handelt es sich, was die hinzutretende Absicht anbelangt, nicht um ein „Element", wenn nicht schon in der Wegnahme grundsätzlich ein solches — wie fälschlich geschieht — gesehen wird. Auch handelt es sich nicht um ein „Unrechts"-Element, wenn — wie nach herrschender Terminologie — damit ein

---

[7]) Vgl. Ebert, Deutsche Justiz, 1934, S. 480. Kohlrausch, Irrtum, S. 54.

[8]) In viel höherem Maße zeigt sich diese Erscheinung auf dem Gebiete der Schuld, so, wenn man für das Schuldsubstrat nicht ausschließlich das hält, was man als „Schuldformen" bezeichnet, (Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Hamb. Schriften zur ges. StrW. Heft 6, 1924, S. 7) also den psychologischen Tatbestand bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern auch die Persönlichkeit als Ganzes, um die Schuldfrage dahin zu stellen, inwieweit die verbrecherische Tat Ausdruck dieser Persönlichkeit ist, d. h. wie hoch das Maß an Persönlichkeitsadäquanz ist, wie eine verbreitete Meinung lautet. (Vgl. Mezger, Mittg. der krim. biologischen Gesellschaft, Bd. II 1929 S. 32; Allfeld, Der Einfluß d. Gesinnung auf d. Bestrafung, 1909 S. 99; Köhler, in GS 96, S. 160; dagegen Seelig, Monatsschr. f. KrimPsych. Bd. 18, S. 237 ff.). Hiernach verändert sich also die Schuld, je nachdem, ob die Tat mehr oder weniger mit der Persönlichkeit in Zusammenhang gebracht werden kann, insbes. also je nachdem, ob der Entschluß mehr durch äußere Umstände, durch „transsubjektive Reize" (Thyrén, Abh. aus d. Strafrecht u. d. Rechtsphilosophie, II S. 55) begünstigt war oder nicht. So aber auch, wenn man ausschließlich den Charakter als das Schuldsubstrat ansieht (wie Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment, namentlich S. 91 und 92; v. Liszt-Lehrb. 20. Aufl. 1914 S. 163; Gleispach, Oesterr. Krim. Vereinigung, 1921, S. 9; Kadecka, ZStW 48, S. 609 ff.). Daß die Anforderungen, deren Verletzung Schuld begründet, nicht immer gleichzeitig eine Substratwidrigkeit darstellen, d. h. die Persönlichkeit oder den Charakter belasten, zeigt sich schon bei der Schuld in Verbindung mit den Uebertretungen, dem polizeilichen Unrecht. Ebenso aber schon bei der Schuldform der Fahrlässigkeit. Zwar ist auch hier versucht worden, das Fahrlässigkeitsurteil auf den Charakter zu beziehen, so z. B. von Kadecka, Oest. GerZtg. 76, 1925, S. 10, ähnl. auch Engisch, Untersuchungen, S. 465 ff. („Gesinnungsfehler") doch wohl kaum mit Erfolg: „Gerade bei der Fahrlässigkeit aber handelt es sich in breitem Umfang um gelegentliche, oft bitter bereute Entgleisungen ehrenwerter und sonst vorsichtiger Menschen. Auch in gröberen Fällen . . . sind fahrlässige Täter regelmäßig keine Verbrecher im gewöhnlichen Sinne des Wortes." (v. Hippel, Strafrecht, II 1930, § 26 S. 371). Genau so, wie es sich bezüglich der objektiven Seite um eine „Vordatierung der Empfindlichkeit" handelt, wenn das Gesetz Absichtsdelikte aufstellt, handelt es sich um eine „Vordatierung", wenn die Anforderungen auf der subjektiven Seite das eigentliche Schuldsubstrat nicht erreichen. — Ueber die Zerlegung des Schuldsubstrats auch Thierfelder, S. 17 ff.

Element mit rechtsgutsverletzendem Charakter gemeint ist, d. h. ein Substratwidrigkeitselement. Vielmehr macht das sinnerfüllte, d. h. mit der Absicht rechtswidriger Zueignung erfüllte Wollen einer nichtsubstratwidrigen Wegnahme diese zu einer anforderungswidrigen, nicht aber zu einer substratwidrigen. Die subjektiven Unrechtselemente sind keine Substratwidrigkeitselemente.[9]) [10])

---

[9]) Beim gänzlichen Mangel einer Substratwidrigkeit objektiven Verhaltens liegt aber wohl auch gleichzeitig die Grenze der Anforderungswidrigkeit. Sicherlich — gegen Mezger in GS 89, S. 261 — bedeutet die Pönalisierung in Absichtsdelikten eine starke Konzession an die symptomatische Verbrechensauffassung: der Wegnahmehandlung kommt symptomatische Bedeutung für die verbrecherische Absicht zu, auch wenn in die Wegnahme oder Zueignung eingewilligt war. Da die symptomatischen Tatbestände aber der Rechtswidrigkeit entbehren können — ja, es kommen sogar sozial nützliche Handlungen in Frage (vgl. dazu Zimmerl, Aufbau S. 30) — wird man auch nicht mehr von objektiven Anforderungen, von Imperativen im Sinne Thons reden können. Der Gesetzgeber verlangt hier überhaupt nichts mehr. Er verwertet nur.

[10]) Auch hier „scheitert jeder Versuch einer gewaltsamen Zerreißung des einheitlichen Tatbestands in seine subjektiven und objektiven Merkmale". (Dohna). Die objektiven Anforderungen sind hier von der die Handlung begleitenden Motivation abhängig. Das ist der richtige Kern der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen; doch handelt es sich in Wirklichkeit um subjektive Rechtswidrigkeit.

§ 8. Der Unrechtsgehalt bei subjektiver und objektiver Rechtswidrigkeit.

Kehren wir nun wieder zu den Objektivisten zurück, um zunächst festzuhalten, daß sie die Rechtsgutsverletzung jedenfalls als Verbot, als Strafwürdigkeitsfaktor anerkennen. Ist hier „Rechtswidrigkeit" Rechtsgüterbeeinträchtigung, wohnt ihr ein zweifaches Elastizitätsmoment inne, sie ist doppelt steigerungsfähig. Einmal nach der Seite der Beeinträchtigung hin, je nachdem, ob starke oder schwache Verletzung oder auch starke oder schwache Gefährdung vorliegt. Wegen ihrer höheren Strafwürdigkeit rechtfertigt also die Verletzung eine strengere Bestrafung.[1]) Daß rücksichtlich der Rechtsgutsseite die Beeinträchtigung eines höherwertigen Rechtsguts strafwürdiger ist, leuchtet ohne weiteres ein. Ganz anders die Subjektivisten: sie kennen weder das Verbot der Rechtsgüterbeeinträchtigung, noch vermögen sie eine Begründung dafür abzugeben, woraus sich die höhere Bestrafung bei der Vollendung erklärt.[2]) Wenn das Reichsgericht als „Versuch" jede Handlung bestraft,[3]) die von bestimmungswidriger Motivation begleitet wird, gleich, ob sie Rechtsgüter gefährdet oder nicht, entnimmt es hier dem Gesetz das Verbot, sich pflichtwidrig zu betätigen.[4]) Eine allgemeine Bedeutung erlangt diese Konsequenz aber, wenn man für verboten oder rechtswidrig stets nur die pflichtwidrige Betätigung ansieht, wie es die subjektivistische Rechtswidrigkeitslehre will. Es ist daher nur konsequent, wenn Hold von Ferneck sagt: „Und nachdem der Erfolg außerhalb der Handlung liegt, da der Handelnde nur die zahllosen zum Eintritt des Erfolgs führenden Bedingungen completiert, lautet die Norm des Strafgesetzes nicht: du sollst nicht bewirken, sondern nur: du sollst nicht zu bewirken versuchen." „In Wahrheit ist immer nur der Versuch verboten."[5]) Für Hold heißt daher die Frage nicht: warum ist unter Umständen eine Vorbereitungshandlung oder eine Versuchshandlung verboten? — denn dies ist für ihn selbstverständlich — sondern: warum wird die Vollendung strenger bestraft? Aber der Grund, weshalb dies geschehe,

---

[1]) Daher das geringere Strafmaß bei Vorbereitung, Versuch, Teilnahme, einfachem und qualifiziertem Delikt. Vgl. auch Zimmerl, Aufbau, S. 63, 64.

[2]) Vgl. oben S. 16 ff.

[3]) abgesehen vom lächerlichen Versuch, vgl. oben S. 7 A. 30.

[4]) Die Rechtswidrigkeit des Versuchs nach objektiver Lehre liegt nur in der Gefährdung. So auch Goldschmidt, Norm. Schuldbegriff, S. 462 N. 1.

[5]) Hold, Rechtswidrigkeit, S. 289; ebenso Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs, Wien 1879: „Was kann man nun dem Menschen verbieten, das Eintreten eines Erfolges oder das Anstreben desselben? Schon die Sprache sträubt sich gegen die erstere Annahme, für die selbst eine ädäquate grammatische Form fehlt."

sei „nicht der, daß der Erfolg allein oder strenger verboten wäre als der Versuch."[6]) Da die abhaltende Wirkung des Imperativs immer gleich ist, kommt Hold zu dem Schluß, daß auch die nichtstrafbaren Vorbereitungs- und Versuchshandlungen sowohl verboten als auch pflichtwidrig sind.[7]) Indessen glaube ich nicht, daß dies letztere der Fall ist, denn soweit kein Rechtsgebiet solchen Handlungen irgendwelche rechtliche Bedeutung zuspricht, hat es keinen Sinn, sie als verboten und rechtswidrig zu bezeichnen. Vielmehr hat das Gesetz, soweit es Vorbereitungs- und Versuchshandlungen unter Strafe stellt, aus dem gesamten Komplex von Nicht-Verletzungshandlungen eine Auswahl nach Maßgabe ihrer Strafwürdigkeit vorgenommen und so den Kreis der bestimmungs- bzw. sorgfaltsnormwidrigen Betätigungen mit dem Prädikat „rechtswidrig" eingeschränkt.

Für die höhere Bestrafung der Vollendung begnügt sich Hold mit dem Hinweis, daß hierzu „ein besonderer Grund"[8]) vorliegen müsse. Daß aber dieser „besondere Grund" nur der sein kann, daß das Gesetz die Vollendung eben mißbilligt, für strafwürdig hält und deshalb verbietet, sagt Holt nicht. Die Wahrheit darüber, ob „nur der Versuch verboten" ist, vermag uns nur das Gesetz zu vermitteln, welches doch durchaus vorwiegend seine Verbote an Verletzungstatbestände anknüpft. Wird erst dieser bestraft, so erfährt das Verbot sehr wohl eine Steigerung, genauer, es ändert seinen Inhalt. Auch steht Holds Behauptung, auch der nichtstrafbare Versuch, die nichtstrafbare Vorbereitungshandlung sei schon verboten und pflichtwidrig, unmittelbar im Widerspruch zu dem zweifellos richtigen Grundsatz, daß erst die Strafwürdigkeit die Verbote schafft; wo die Strafwürdigkeit fehlt, kann auch kein Verbot ergehen. Die „abhaltende Wirkung der Drohung", die allerdings „wesentlich dieselbe ist, ob der Versuch . . . mit Strafe bedroht ist oder nicht"[9]), ist eben nicht der einzige maßgebliche Gesichtspunkt, unter dem ein Tatbestand als strafwürdig erscheint oder nicht.

Die Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit hat also in den Fällen vorsätzlichen Handelns die Konsequenz, nur die Bestimmungsnormwidrigkeit, in Fällen fahrlässigen Handelns nur die rechtsgutsbezogene Sorgfaltspflichtverletzung erfassen zu können, gleich, (!) ob nur diese oder gleichzeitig eine Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsguts durch den Tatbestand gegeben ist oder nicht. Eine subjektive Rechtswidrigkeitslehre kann demnach nie behaupten, der „Versuch" sei schlichte Bestimmungsnormwidrigkeit, die subjektive Theorie also richtig[10]) — das ist gar keine notwendige Konsequenz — sie muß aber behaupten, daß alles, was hinzutritt, jedenfalls nicht einen Unrechtsinhalt darstellt.[11])

---

[6]) Hold, Rechtswidrigkeit, S. 289.

[7]) Hold, a. a. O., S. 290.

[8]) Hold, a. a. O., S. 289.

[9]) a. a. O., S. 290.

[10]) Daß die Einschränkung, die die h. L. durch das Erfordernis objektiver Rechtswidrigkeit macht, „an den Haaren herbeigezogen" wäre, wie Höpfner (ZStW 23, S. 653) meint, kann also nicht zugegeben werden. Nach dem Gesetz wird die Frage überhaupt nicht eindeutig entschieden werden können.

[11]) Darüber, was sie darstellt, vgl. unten S. 94 ff.

Fraglich kann also nur bleiben, unter welchen Voraussetzungen die Aberkennung der Eigenschaft des objektiv Hinzutretenden, objektives Unrecht zu sein, eine wirklichkeitsfremde juristische Konstruktion ist. Ist z. B. der „in Wahrheit" verbotene Versuch in Wirklichkeit nicht verboten, sondern nur die Vollendung, oder ist zwar der Versuch verboten, wird aber die Vollendung schwerer bestraft, ferner: knüpft — wie allgemein nach geltendem Recht — der Vorwurf der Fahrlässigkeit nur an Verletzungstatbestände an, so hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß der Inhalt seiner Anforderungen abweicht von dem derjenigen Anforderungen, die sich aus der ausschließlichen Anerkennung subjektiver Rechtswidrigkeit ergeben. Solange also ein Strafrecht Tatbestände der genannten Art zuläßt, ist die Durchführung eines rein subjektiven Systems ohne Widersprüche, ohne Ausnahmen nicht möglich, sondern wird die Anerkennung beider Arten der Rechtswidrigkeit erforderlich. Dadurch ergibt sich eine Reihe von Schwierigkeiten,[12]) welche aufzuzeigen noch unsere Aufgabe sein wird.

---

[12]) die Zimmerl „unlösbar" nennt. Aufbau, S. 33.

§ 9. Subjektive Rechtswidrigkeit und subjektive Unrechtselemente.

Das Verhältnis der subjektiven Rechtswidrigkeitzur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ist besonders interessant; es erweist sich u. E. gerade hier die Unhaltbarkeit dieser Lehre, die sich ja zunächst als eine Art Mittelmeinung zwischen objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeitsauffassung darstellt. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hat diese Lehre gegenüber einer richtig gewürdigten Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit schwere Mängel.

Vergleichen wir die Ergebnisse der subjektivistischen Rechtswidrigkeitslehre mit denen der gemischten Theorie, die also subjektive Rechtswidrigkeitselemente, wie z. B. die Verteidigungsabsicht eins darstellt, kennt, und zwar an Hand zweier Notwehrfälle:

1. Eine Notwehrlage ist gegeben, indessen hat der Täter nicht den Verteidigungswillen, er kennt den Notwehrstand nicht. Er hat an dem zu Verletzenden vorbeigeschossen. — Die subjektive Theorie würde hier „Versuch" annehmen, weil eine rechtswidrige, da pflichtwidrige Betätigungshandlung vorliegt. Ebenso würde auch die gemischte Theorie „Versuch" für vorliegend erachten müssen, da wegen Mangels des Verteidigungswillens die im übrigen gegebene Substratmäßigkeit ausgeschlossen ist.

2. Liegt dagegen im selben Fall ein Verletzungstatbestand vor, muß also nach unseren Darlegungen notwendig die objektive Rechtswidrigkeit Platz greifen, kann von Rechtswidrigkeit wegen der vorhandenen Notwehrlage keine Rede sein, mag auch Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben sein. Wie noch zu zeigen sein wird, ist allein dieses Resultat richtig. Ganz anders dagegen die gemischte Meinung, die auch hier an der Rechtswidrigkeit festhält, wenn der Verteidigungswille fehlt. Sie muß also z. B. wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung bestrafen, obgleich das Delikt der Körperverletzung — richtiger Ansicht nach — gar nicht vorliegt. Denn soviel sollte sicher sein: der negative Tatumstand der Notwehrlage macht logischerweise notwendig, die Negation desselben als positiven Tatumstand dem Körperverletzungsparagraphen zu subintelligieren.[1]) Eine in objektiver Notwehrlage vorgenommene Körperverletzung fällt gar nicht unter § 223 StGB. „Im Verhältnis von Regel und Ausnahme gilt bekanntlich der Grundsatz, daß die in der Regel enthaltene allgemeine Bejahung nur durch die subintelligenda der Ausnahme zutrifft."[2]) Liegt demnach eine vollendete „Körperverletzung" in objektiver,

[1]) andernfalls ist man den Zufälligkeiten der Gesetzesredaktion ausgeliefert; vgl. Zimmerl, Lehre, S. 66; Frank, Aufbau, S. 16 ff.; Baumgarten, Aufbau, S. 221 ff.; SchwZschr. 34, S. 86; Frank, Komm. S. 139.

[2]) Finger, in GS 97, S. 395.

aber ungekannter Notwehrlage vor, ist es gar nicht möglich, sie in einem mit jenen „zu ergänzenden Tatbestandsmerkmalen" ausgerüsteten Körperverletzungsparagraphen unterzubringen, wie jene bekämpfte Lehre es zu können vermeint. Ebenso aber kann man den Mangel des Verteidigungswillens, für sich betrachtet, in jenen tatbestandsmäßig vervollständigten Verboten gar nicht unterbringen. Hier ist der innere Tatbestand nur durch Vorsatz und Fahrlässigkeit erfaßbar.[3]) Lehnt man indessen die Theorie von den „negativen Tatbestandsmerkmalen" ab, ist man zu der Konsequenz genötigt, den Mangel des Verteidigungswillens allgemein als rechtswidrigkeitsmitbegründend anzusehen, mindestens aber dazu, die Begründung der Rechtswidrigkeit einer Rechtsgutsverletzung verschieden zu behandeln, je nachdem, ob ein Notwehrfall vorliegt oder nicht. Das aber führt zu gänzlich ungerechtfertigten Unterscheidungen, die aus folgendem Tatbestand zu entnehmen sind: objektive Notwehrlage ist gegeben, der Täter weiß davon aber nichts, sondern hält grob fahrlässig einen Busch, hinter dem der Angreifer versteckt liegt, für einen angreifenden Menschen. Er schießt auf den Busch und verletzt den Dahinterliegenden. Hier wird nach der bekämpften Meinung die Handlung deshalb rechtmäßig, weil eine Fahrlässigkeit hinzutritt. Schießt der Täter aber nicht fahrlässig und trifft er den Angreifer, ohne die Notwehrlage zu kennen, so ist die Körperverletzung rechtswidrig, wenn auch nicht schuldhaft, für den Fall, daß er einen im Busch sitzenden Vogel abzuschießen die Absicht hatte.

Man kann überdies den Verteidigungswillen nicht in die Rechtswidrigkeit hinüberretten, ohne ihn aus dem Motivationsverbot, der Bestimmungsnorm, deren Verletzung Schuld begründet, zu entfernen oder Schuld und Rechtswidrigkeit zu identifizieren. Zur ersten Alternative ist zu sagen: Hält man die Schuld für ein Urteil über das Versagen einer Bestimmungsnorm, ist Voraussetzung der Schuld, daß überhaupt eine Bestimmungsnorm vorhanden ist; man darf aus dieser nicht soviel herausnehmen, daß die Norm eine Bestimmungsfunktion auszuüben nicht mehr geeignet ist. Diesen Fehler begeht man aber, wenn man die Verteidigungsabsicht aus dem Motivationsverbot herausnimmt. Die Bestimmungsnorm heißt dann nicht mehr etwa: du sollst harmlose Passanten nicht körperlich verletzen! sondern: du sollst nicht körperverletzen. Aber gerade in den Fällen, wo sie sich bewähren soll, nämlich in den Fällen der Notwehr und Putativnotwehr, vermag diese letztere Norm wegen Fehlens inhaltlich genügenden normativen Charakters eine Bestimmungsfunktion nicht auszuüben, eine Verletzung dieser Norm kann demnach auch nicht Schuld begründen. Hält man daran trotzdem fest, ist man zu der unrichtigen Konsequenz genötigt, die Verteidigungsabsicht für ein überwiegendes Motiv zu halten, welches die schon entstandene Schuld wieder negiert.

---

[3]) Hier zeigt sich auch die erhebliche Wichtigkeit, das Augenmerk auf die „Tatbestandsmäßigkeit" der Schuld (vgl. oben S. 54 ff.) zu wenden, wenn man Irrtümer vermeiden will. So ist behauptet worden, der verfolgte Rachezweck (M. E. Mayer „Allg. Teil" Heidelberg 1915, S. 186) oder der schikanöse Zweck eines Beamten (v. Bar, Ges. u. Schuld III, S. 91) bei sonst rechtmäßiger Amtshandlung, seien subjektive Unrechtselemente, (Gegen beide Sauer, Grundlg. 21, S. 347/49). Da aber durch Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen wird, kann höchstens „Versuch" in Frage kommen. „Rache" und „Schikane" sind aber keine strafgesetzlichen Tatbestände. Eine so beinhaltete Absicht entzieht sich also von vornherein jeder strafrechtlichen Erfassung.

Richtigerweise ist die Verteidigungsabsicht aber kein überwiegendes Motiv, sondern ein Fall des § 59 StGB.[4]) Es handelt sich hier um einen Irrtum über das positive zu ergänzende Tatbestandsmerkmal der Harmlosigkeit der ganzen Situation. Schuld ist von vornherein nicht gegeben, weil die Bestimmungsnorm: du sollst einen harmlosen Passanten nicht körperlich verletzen! gerade gewirkt hat.[5]) Die Lehre von der Schuld, die sich notwendig mit dem Inhalt der Bestimmungsnorm befassen muß, kann demnach die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen gar nicht entbehren; die Bestimmungsnorm wird stets abgeleitet aus dem positiv durch Negation der negativen Tatbestandsmerkmale ergänzten Tatbestand.[6]) Ebensowenig ist jene Lehre aber für die Betrachtung der Rechtswidrigkeit zu entbehren, was uns eine Erörterung der zweiten Alternative veranschaulichen mag. Die bekämpfte Lehre von den subjektiven Unrechtselementen erweitert die Fälle rechtswidriger Körperverletzung (z. B.), indem sie die pflichtwidrige Verteidigung für ebenfalls rechtswidrig hält. Nun muß sich zweifellos die Schuld auch auf jene hinzutretenden Fälle der rechtswidrigen Körperverletzung beziehen, sie muß die hinzutretenden Rechtswidrigkeitselemente erfassen; das aber heißt: sie muß einen andern Inhalt bekommen. Diese Möglichkeit ist aber logisch ausgeschlossen. Denn die richtig gefaßte Bestimmungsnorm: du sollst keine harmlosen Passanten verletzen! ist identisch mit der: du sollst Angreifer nur pflichtmäßig verletzen, d. h. nur, wenn du sie nicht für harmlose Passanten hältst. Von der Identität der Bestimmungsnorm ist aber auf eine Identität der Rechtswidrigkeit, des Inhalts der Bewertungsnorm jener behandelten Fallgruppen zu schließen, da jene aus diesen abgeleitet sind.(!)[7]). Bleibt also für die bekämpfte Lehre nur noch die Behauptung übrig, daß die Rechtswidrigkeit verschieden auftritt, einmal als objektive, ein andermal als subjektivobjektive, die Schuld mit umfassende, je nachdem, ob die Gesetzesökonomie wegen der Ausnahmenatur gewisser Fälle deren gesonderte Regelung als Unrechtsausschließungsgründe vorziehen mußte oder nicht. Es kann aber „nicht scharf genug" betont werden, daß dieser Regel-Ausnahmestellung „keinerlei sachliche Bedeutung zukommt".[8]) „Eine Handlung, der ein wirksamer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, . . . ist genau so kein Un-

---

[4]) Richtig Frank, Komm. zu § 53 S. 164 und zu § 59 S. 187, 188.

[5]) Einschränkungen begegnen nur insofern, als zum Vorsatz die Kenntnis der Harmlosigkeit der Situation nicht erforderlich ist, sondern die richtige oder auch falsche Annahme des Gegenteils nur den Vorsatz ausschließt. Vgl. Goldschmidt, Norm. Schuldbegriff, S. 445/7.

[6]) und zwar aus dem Verletzungstatbestand, wie uns die Absichtsdelikte gelehrt haben. Vgl. S. 42/43.

[7]) Das hat auch Mezger erkannt und seine Meinung gegenüber der in GS 89 zum Ausdruck gebrachten dahin korrigiert, daß die subjektiven Unrechtselemente zugleich Schuldelemente seien (Vom Sinn, S. 23), „weil ihnen andernfalls die persönliche Zurechenbarkeit und damit die strafrechtliche Bedeutung fehlen würde." (Mezger, Lehrbuch, § 20 N. III S. 172 oben). Daß hier eine ungerechtfertigte Doppelbewertung vorliegt, sagt er nicht, ebensowenig sagt dies Thierfelder, S. 28, der sich der Meinung anschließt. Ich glaube, wir können es mit Beling halten (Lehre v. Tatbestand, 1930, S. 12): „Die subjektive Seite" wird „ein ganz verquältes Gebilde. Die Schuld müßte sich auf eines ihrer eigenen sie konstituierenden Elemente miterstrecken."

[8]) Mezger, Lehrbuch § 27 S. 205.

recht, wie eine Handlung, bei welcher es von vornherein an einem zur Unrechtsbegründung notwendigen tatbestandlichen Merkmal fehlt."[9]) Es bedeutet daher nichts mehr als eine richtige Schlußfolgerung, wenn man behauptet, daß in Fällen des Unrechtsausschlusses der geschichtliche Tatbestand gar nicht unter die Gesetzesvorschrift fällt, da der gesetzliche Tatbestand zu weit ist, und wenn man ihn deshalb einengt durch Hinzufügen von positiven Tatbestandsmerkmalen, aus denen sich das Nichtvorliegen eines Unrechtsausschließungsgrundes ergibt. War daher der Täter in Notwehr, kann eine Bestrafung wegen einer begangenen Körperverletzung aus jener richtig gefaßten Vorschrift nie in Frage kommen, denn es liegt „Mangel am Tatbestand" vor; war aber der Täter in Notwehr, ohne es zu wissen, und betätigte er z. B. die Absicht, einen harmlosen Spaziergänger zu verletzen, liegt für die Subjektivisten „Versuch" vor, da die Bestimmungsnorm nicht gewirkt hat, objektiver Mangel am Tatbestand daher unschädlich ist. Nicht anders liegen die übrigen Fälle, wo subjektive Unrechtselemente als Voraussetzung von Unrechtsausschließungsgründen für vorliegend erachtet werden. Daß aber über den „Versuch" hinaus auch für die Verletzung „Mangel am Tatbestand" unerheblich sein soll, ist bisher noch *niemals* behauptet worden — außer von denen, die subjektive Rechtswidrigkeitselemente in den besprochenen Fällen anerkennen.— [10])[11]) Aus diesen Erörterungen mag ersichtlich geworden sein, daß die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen keineswegs eine „Mittelmeinung" ist, sondern daß sie weit über das hinausgeht, was an Folgerungen eine rein subjektive Rechtswidrigkeit aufzuweisen vermag. Gleich zu welcher Auffassung von der Rechtswidrigkeit man sich entschließen mag — die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen als Voraussetzung für Unrechtsausschließungsgründe (negatio negationis) ist abzulehnen.[12]) Sie verstößt gegen das Gesetz.

---

[9]) Mezger, a. a. O., S. 206.

[10]) Ein ähnliches Problem taucht auf bei §§ 211, 212 und 217 StGB. Vgl. dazu Olshausen, 11. Aufl. II. Bd. zu § 217 N. 5 S. 967 und zu § 53 N. 3 S. 276; siehe auch unten S. 108; für ein subjektives System besteht es natürlich nicht.

[11]) Das gilt insbesondere auch gegen Sieverts; vgl. S. 29, Anm. 23.

[12]) Sie beruht eben auf der unrichtigen Behauptung, die Unrechtselemente seien Elemente der Substratwidrigkeit.

§ 10. Die Folgerungen bei Anerkennung einer subjektiven Rechtswidrigkeit.

a) Unrechts- und Schuldausschließungsgründe.

Die Konsequenzen eines subjekiven Systems, die zum Teil schon angedeutet wurden, mögen in diesem Kapitel noch einmal zusammengefaßt bezw. ergänzt werden.

So würde eine subjektive Rechtswidrigkeit für die heute anerkannten Unrechtsausschließungsgründe, z. B. Notwehr, Notstand des BGB, Einwilligung, Züchtigungsrecht und Amtshandlung soviel bedeuten, daß jede nicht schuldhafte irrtümliche Annahme eines solchen die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschlösse, andererseits aber, daß bei objektivem Vorliegen eines Unrechtsausschließungsgrundes ein gleichzeitig verfolgter mißbilligter Zweck[1]) den Unrechtsausschluß wieder negieren müßte. Dagegen glaubte man Sturm laufen zu müssen,[2]) denn die Anerkennung der subjektiven Rechtswidrigkeit führe unweigerlich zu einer Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit in der Hinsicht, daß Rechtswidrigkeit schon überall dann gegeben sei, wenn Schuld vorliege,[3]) jeder Irrtum, jede Nichtzumutbarkeit, soweit sie für die Schuld relevant sind, gleichzeitig oder überhaupt nur Rechtfertigungsgründe darstellen würden. Ferner käme den Rechtfertigungsgründen überhaupt keine objektive Bedeutung mehr zu,[4]) während die Lehre von den Rechtswidrigkeitselementen die objektive Bedeutung wenigstens nur einschränke. Die Darstellung der subjektiven Rechtswidrigkeit dürfte nun gezeigt haben, daß die Bekämpfung, der die subjektive Rechtswidrigkeit aus den genannten Gründen ausgesetzt war, vollkommen ins Leere geht; denn wir haben gesehen, daß die subjektive Rechtswidrigkeit, heute schon im Gesetz anerkannt bei den Absichtsdelikten und den abstrakten Gefährdungsdelikten, notwendig nur den Tatbestand des Versuchs, also die betätigte Bestimmungsnormwidrigkeit[5]) ergreift oder denjenigen der betätigten abstrakten

---

[1]) Vgl. aber oben S. 78 A. 3.

[2]) Vor allem Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, S. 34 ff. M. E. Mayer, Allg. Teil, Heidelbg. S. 11/12.

[3]) Natürlich erst, sofern eine Tätigkeit vorliegt, die aber nur rechtsunwert indifferente Bedingung der Strafbarkeit ist.

[4]) Sie modifizieren nur den Vorsatzinhalt; vgl. Gemmingen, Die Erfassung, S. 107.

[5]) Dies zum Unterschied gegenüber der objektiven Versuchstheorie und d. herrschenden Schuldlehre. Hier ist die Anwendbarkeit der auf die Bestimmung bezüglichen Rechtsnormen an die Voraussetzung des Vorliegens einer bestimmten „Situation" gebunden, nämlich an die der Gefährdung oder Verletzung. Vgl. unten S. 61 A. 47 und Gemmingen, a. a. O., S. 108.

Sorgfaltsnormwidrigkeit; dagegen hat die subjektive Rechtswidrigkeit keinerlei Beziehungen zum Erfolg. Liegt aber ein Verletzungstatbestand vor, geht die Pflichtwidrigkeit auf das Gebiet der Schuld über, während die Rechtswidrigkeit durch den rechtsgutsverletzenden Charakter der Betätigung begründet wird. Wenn aber stets nur „in Wahrheit" der Versuch verboten ist, auch bei Verletzungstatbeständen, greifen die gerügten Konsequenzen Platz eben deshalb, weil nur der Versuch verboten ist. Eins sollte unbestritten sein: es kann die Rechtswidrigkeit eines Tatbestandes nur immer durch das Fehlen von solchen Elementen ausgeschlossen werden, deren Vorhandensein die Rechtswidrigkeit begründet oder mitbegründet. Wird also die Rechtswidrigkeit des Diebstahls nicht begründet durch den rechtsgutsverletzenden Charakter der Wegnahme oder tatsächlichen Zueignung, kann das Fehlen dieses Charakters nie die Rechtswidrigkeit ausschließen. Wird dagegen hier die Rechtswidrigkeit begründet durch das Vorhandensein einer bestimmt beinhalteten Absicht, so wird bei Fehlen dieser Absicht, etwa infolge Irrtums, die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.[6]) Die herrschende Lehre macht hier u. E. den Fehler, Tatbestandsmerkmale wie z. B. die „Wegnahme" im § 242 mit einem „normativen Gespinst" — um mit Beling zu reden[7]) — und zwar mit einem außerstrafrechtlichen zu überziehen, und diese ihre Normbezüglichkeit für schlechthin maßgeblich zu halten, so daß wegen der Rechtmäßigkeit der Wegnahme der Diebstahl entfallen soll. Es wird dabei vollkommen übersehen, daß die „Wegnahme" gar nicht Gegenstand der Beurteilung ist, sondern lediglich symptomatischen Charakter für das Vorhandensein einer psychischen Zielstrebigkeit besitzt. Diese Eigenschaft als Symptom ist aber von der Rechtswidrigkeit jener Verwirklichung des Tatbestandes ganz unabhängig.[8]) Deshalb dürfte auch der „Vorsatz", der sich auf das Wegnehmen bezieht, keineswegs Gegenstand der strafrechtlichen Beurteilung sein, da er gar keinen Strafwürdigkeitsunwert besitzt. Vielmehr dürfte hier die „Absicht" echter Vorsatz sein, genau wie bei denjenigen Tatbeständen, wo Vorsatz und Absicht von vornherein gleichbedeutend sind. — Nicht anders ist es bei den abstrakten Gefährdungsdelikten. Wird hier die (adäquate) Verursachung des Todes eines Menschen gar nicht verboten, kann die Unmöglichkeit des Eintritts jenes Erfolges auf das ganz anders lautende wirkliche Verbot keinen Einfluß ausüben.

Die herkömmliche Schuldlehre paßt also keineswegs für Delikte oder ein ganzes System mit subjektiver Rechtswidrigkeit. Zu welchen seltsamen Ergebnissen man gelangt, wenn man trotzdem an jener falschen Anwendung festhält, haben wir dargestellt. Ebensowenig aber ist die herkömmliche Rechtswidrigkeitslehre anwendbar: das Fehlen der Rechtswidrigkeit etwa durch Notwehr, Einwilligung usw. läßt überall da die Verbotswidrigkeit bestehen, wo zu deren Begründung jene Rechtswidrigkeit (Substratwidrigkeit) nicht erforderlich ist. Daher spielt z. B. die Einwilligung des Eigentümers in die Zueignung oder des Besitzers in die Wegnahme bei § 242 keine Rolle. Wenn man also wissen will, welche

---

[6]) Vgl. oben S. 46 ff.

[7]) Methodik der Gesetzgebung, 1922, S. 16; u. Lehre vom Tatbestand, S. 10. Die Wendung findet sich schon bei Lask.

[8]) Kommen doch sogar sozial nützliche Handlungen als Symptome für verbrecherische Gesinnung in Frage.

Momente eines Tatbestandes die Rechtswidrigkeit im Sinne strafrechtlicher Typizität ausmachen — bei einem System mit subjektiver Rechtswidrigkeit erübrigt sich das natürlich — muß man den Inhalt des Verstoßes analysieren: zeigt dieser nur subjektive Anforderungswidrigkeitselemente, kann nur durch deren Fehlen die Rechtswidrigkeit entfallen; enthält er dagegen auch Substratwidrigkeitselemente, kann nur ein Mangel dieser die Rechtswidrigkeit ausschließen. Gegen diesen Satz verstoßen im Hinblick auf das geltende Recht alle Imperativen-Theoretiker, nach denen „in Wahrheit" trotz entgegenstehender Wirklichkeit nur der Versuch verboten ist.

Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, bleibt nicht die Schuld, sondern die Rechtswidrigkeit bestehen in allen den Fällen, wo eine konkrete (oder rechtsgutsbezogene) Sorgfaltspflichtverletzung schon rechtswidrig ist. Solche Delikte, die also auf dem Gebiet der Fahrlässigkeit eine Parallele zum subjektiv aufgefaßten Versuch darstellen, kennt das Gesetz nicht,[9]) außer im Falle der abstrakten Gefährdungsdelikte und in den Fällen gewisser Sorgfaltsgebote, die mehr polizeilichen Charakter haben.[10]) Doch lassen diese wegen ihrer Eigenart als allgemeine Sorgfaltsnormen für die Rechtswidrigkeitsfrage eine entsprechende Anwendung des § 59, II StGB nicht zu.

Die infolge der Anerkennung einer subjektiven Rechtswidrigkeit sich ergebende Erheblichkeit von nach geltendem Recht schuldbedeutsamen Tatsachen für die Frage der Rechtswidrigkeit und die Unbeachtlichkeit von unrechtserheblichen Tatsachen (im Sinne objektiven Unrechts) ist eine logische Folgerung, da „in Wahrheit" nur der Versuch oder die besondere Sorgfaltspflichtwidrigkeit (Fahrlässigkeit) verboten ist.[11]) Insofern ist jeder Zweifel ausgeschlossen — w e n n „in Wahrheit" nur der Versuch verboten ist, eine Frage, die, oben bereits angedeutet, uns noch weiter unten zu beschäftigen hat.

b) Die Kollision von Schuld und subjektiver Rechtswidrigkeit (Trennungsfrage).

α) D a s p s y c h o l o g i s c h e S y s t e m.

Ferner kollidiert die subjektive Rechtswidrigkeit mit der Schuld, wenn rechtswidrig ist nicht die Rechtsgüterverletzung, sondern die pflichtwidrige Betätigung, d. h. eine solche, die gegen eine Garantienorm, in der Terminologie Goldschmidts: die gegen eine Pflichtnorm verstößt. Die

---

[9]) Vgl. Goldschmidt, Notstand, S. 22; ders. Prozeß als Rechtslage, S. 235 Anm. 1287.

[10]) Vgl. oben S. 61 ff. u. S. 64, A. 61.

[11]) Deshalb war es unrichtig, die Kritik an der subjektiven Rechtswidrigkeit lediglich bei der eben mitgeteilten Konsequenz anzusetzen. So Zimmerl, Lehre, S. 34. Richtig: Zimmerl, Aufbau, S. 32. Daß der Ansatz bei der Antithese vom Recht als Bewertungs- oder Bestimmungsnorm fehlgreift, wurde oben klarzustellen versucht. U. E. muß für das geltende Recht Gegenstand der Kritik sein die Frage, woran man erkennt, ob ein objektiver Tatbestand Unrechtsinhalt oder Bedingung der Strafbarkeit ist. M. a. W. o b in Wahrheit nur der Versuch verboten ist. Darüber unten S. 94 ff.

Pflichtnormen sind gerade aber diejenigen, an deren Verletzung das Schuldurteil anknüpft. „Die Sache liegt so, daß es vom Standpunkt der subjektiven Fassung der Norm aus außer der Rechtswidrigkeit gar nicht noch eines besonderen Moments „Schuld" bedarf, um sie als unrecht betrachten und mit Strafe belegen zu können."[12]) Von diesem Standpunkt aus ergibt sich jedenfalls eine durchaus einfache Erklärung für die Rechtswidrigkeit des Versuchs.[13]) Die Frage nach dem Erfordernis einer Gefährlichkeit taucht gar nicht mehr auf. Die objektive Theorie muß, was dem „Geist" unseres Gesetzes entsprochen haben mag und deshalb nicht nur „an den Haaren herbeigezogen" ist, neben jedem Verletzungsverbot ein Gefährdungsverbot einhergehend denken, wenn sie auf die Rechtswidrigkeit des Versuchs nicht verzichten möchte.

Nun haben wir bereits gesehen, daß eine inhaltliche Identifizierung von Schuld und subjektiver Rechtswidrigkeit vermieden werden kann durch Aufteilung der Schuldelemente in psychische und normative, von denen nur jene oder diese zur Rechtswidrigkeit gezogen werden. Schließlich können auch beide für das Rechtswidrigkeitsurteil in Anspruch genommen werden; dann sind Schuld und Rechtswidrigkeit zwar nicht funktionell, wohl aber inhaltlich identisch. Die zweite Alternative bezeichnet den Standpunkt Dohnas, den wir oben kennen lernten, um ihn aber der unmöglichen Konsequenzen halber alsbald zu verwerfen. Die erste Alternative dagegen ist möglich,[14]) und kann sich gerade auf die Charakterisierung berufen, die die Gegner der subjektiven Rechtswidrigkeit dieser haben zuteil werden lassen. Als subjektiv rechtswidrig erscheint danach das bestimmungs- oder sorgfaltsnormwidrige Verhalten[15]) welches „schuldhaft", „vorwerfbar" ist, soweit nach Maßgabe der „Pflichtnormen"[16]) Vorwerfbarkeit gegeben ist. Ein so aufgebautes subjektives psychologisches System hat aber Folgen, über die man sich klar sein muß: mit Rücksicht auf den Zweck der Rechtsordnung, der menschlichen Betätigung eine Richtung zu geben, spricht zunächst *für* ein solches System, daß „bei der Tat eines Menschen dasjenige, was sich tatsächlich in der Außenwelt ereignet, in höherem oder geringerem Maß vom Zufall, d. h. von äußeren Einflüssen, abhängig"[17]) ist. Ob der vom Täter abgefeuerte Schuß auch trifft, liegt keineswegs ausschließlich in seiner Hand. „Nur dieser Entschluß selbst spielt sich allein innerhalb des Menschen ab,"[18]) weshalb eigentlich auch nur hier seine Verantwortlichkeit zu suchen ist.[19]) Andererseits stünde fest, daß durch das Rechtswidrigkeitsurteil nur menschliche Handlungen, nicht aber auch Zustände in der Außenwelt betroffen werden könnten. Weiterhin aber ergibt sich, daß zwar die Handlung des Zurech-

[12]) Höpfner, ZStW 23, S. 648.

[13]) Vgl. Freisler, in Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, S. 33.

[14]) Vgl. oben S. 60 ff. und 65 ff.

[15]) Vgl. Zimmerl, Aufbau, S. 28.

[16]) als Bewertungsnormen.

[17]) Vgl. Zimmerl, a. a. O.

[18]) Vgl. Zimmerl, Aufbau, a. a. O.

[19]) „Mag sein, daß wir damit (mit dem Aufbau eines Gefährdungsstrafrechts) einen Rest der Erfolgshaftung, der in der Beibehaltung der Verletzungsdelikte als Grundtypus liegt, aufgeben würden, daß „schuldhafte Verletzung" ein Widerspruch in sich ist." (Goldschmidt, Notst. S. 29.)

nungsunfähigen oder des vermindert Zurechnungsfähigen, ebenso auch die entschuldigte Handlung des in Notstand Befindlichen, die Handlung des schwer Bedrohten noch § 52 StGB[20]) oder die bei Nichtzumutbarkeit anderen Handelns als rechtswidrig begriffen werden können, ebenso wie dies bei vorwerfbar vorsätzlichem Handeln der Fall ist, wo Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegt. Irrt der Täter dagegen über ein Tatbestandsmerkmal, so fällt bei schuldlosem Handeln die Betätigung in den rechtsleeren Raum;[21]) denn die Bestimmungsnorm hat gewirkt, ein psychischer Tatbestand, der der Unrechtswertung ausgesetzt wäre, ist nicht vorhanden. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, liegt dagegen wieder sowohl Rechtswidrigkeit als Schuld vor. Daß der schuldlos über ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands Irrende in diesem System den Sachen und Tieren zugeordnet wird, „scheint mir allerdings ein schwerer praktischer Mangel zu sein."[22]) Die Möglichkeit einer Trennung von Schuld und subjektiver Rechtswidrigkeit spricht nicht für deren Gebotensein, welches noch aus einem anderen, u. E. schlechthin durchschlagenden Einwand heraus abgelehnt werden muß. Es soll uns nicht der Vorwurf treffen, den Finger Zimmerl gegenüber ausspricht.[23]) „Eine Ueberschätzung der logisch-formalen Konstruktionen, die auf ihre praktische Brauchbarkeit nicht untersucht werden, macht sich breit. Die Folge davon ist, daß die Ergebnisse solcher Arbeit vielfach weder praktisch brauchbar noch theoretisch fördernd sind." Die praktische Brauchbarkeit der subjektiven Rechtswidrigkeit in einem psychologischen System wie auch der heuristische Wert eines solchen Begriffs muß, insofern er nicht aus anderen noch zu untersuchenden Gründen gegeben erscheint, hier jedenfalls bestritten werden. Die Zerreißung der Schuld in ihren Gegenstand und das Urteil selbst,[24]) in ihre „kausale" und ihre „normative" Seite,[25]) hat nämlich die Folge, daß den Kategorien Schuld und (objektive) Rechtswidrigkeit durch die subjektive Rechtswidrigkeit eine Kategorie hinzugefügt würde, die kein Urteil, sondern lediglich ein strafwürdigkeitsfreier Tatbestand ist, der also wegen des Mangels eines Strafwürdigkeitsgehalts im Strafrecht gar nicht die Bezeichnung „rechtswidrig" verdient.[26]) Die Annahme einer so gefaßten subjektiven Rechtswidrigkeit würde nicht nur einen ganz willkürlichen Bruch mit der Anschauung vom Wertcharakter der Kategorien Schuld und

---

[20]) Vgl. v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. § 42 IV 2 S. 286.

[21]) So auch Zimmerl, Aufbau, S. 28.

[22]) Zimmerl, a. a. O. Wenn er aber weiterhin ausführt, „Wird aber die Rechtswidrigkeit des Tötungsvorsatzes auf seinen Inhalt bezogen, d. h. aus dem objektiven Tatbestand, auf welchen er gerichtet ist, dann muß es doch seltsam erscheinen, daß dieser Tatbestand selbst als rechtlich irrelevant aufgefaßt werden soll" — müssen wir ihm entgegenhalten, was Mezger über die Bedeutung der logischen Priorität von „Bewertungsnormen" ausgeführt hat. Vgl. oben S. 26.

[23]) Finger, GS 97, S. 386.

[24]) Eric Wolf, Studienreform, S. 41.

[25]) Tarnowski, Die syst. Bedeutung S. 105.

[26]) Daß „schuldig" und „rechtswidrig" Werturteile sind, dürfte heute nicht mehr zweifelhaft sein. Vgl. Mezger, Lehrbuch 31, S. 103; Thierfelder, S. 2 ff.; Finger, GS 97, S. 386; Beling, Lehre vom Tatbestand, S. 10; Radbruch, Zur Systematik, Frank-Festg. I, S. 158—163; Grünhut, Strafrechtswissensch. u. Strafrechtspraxis, S. 25; vor allem auch Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frank-Festg. I, S. 240 ff.

Rechtswidrigkeit bedeuten, der eine heillose Verwirrung anrichten müßte, sondern stünde auch mit der zweifellos richtigen Anschauung in Widerspruch, daß die strafgesetzlichen Tatbestände vertypte Werturteile,[27]) vertypte Schuld und Rechtswidrigkeit sind. „Das sachliche Unwerturteil begründet die Vorstellung der Rechtswidrigkeit."[28]) Ebenso haben wir oben nachzuweisen versucht, daß Schuld und Rechtswidrigkeit anknüpfen an Verbots-, an Anforderungswidrigkeiten, daß im Strafrecht aber nur die Strafwürdigkeit die Verbote schafft; der psychische Tatbestand des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit ist im Gegensatz zu Schuld und Rechtswidrigkeit nicht notwendig Strafwürdigkeitsfaktor.

Anhang: Zur Reform.

Ob im Rahmen eines Willensstrafrechts die Trennungsfrage noch einmal akut werden wird, ist zweifelhaft. So fordert neuerdings Berges (in Dtsch.Strafr. 1934, S. 243) den Ausbau der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen; damit wäre nämlich „das Gespenst einer im Hinterhalt drohenden Schuld-Rechtswidrigkeitskonfundierung, das die Mehrzahl aller Strafrechtler selbst heute noch vor der Anerkennung eines wirklichen Willensstrafrechts zurückschrecken läßt, endgültig gebannt." (Vgl. auch Berges, Der gegenwärtige Stand, S. 73). Andererseits führt Gemmingen (Die Erfassung, S. 111, vgl. auch S. 115) aus: „Mit dem Augenblick aber, wo infolge der Ethisierung und Totalisierung des Strafrechts die Schuld im Strafrecht eigenständig wird, d. h. echte Rechtsschuld wird, hindert uns nichts mehr, die Schuld künftighin als die das Strafrecht beherrschende Rechtswidrigkeit zu bezeichnen."

β) Das normative System.

Noch unglücklicher aber sind scheinbar die Konsequenzen einer subjektiven Rechtswidrigkeit, wenn man rücksichtlich ihrer Eigenschaft als pflichtwidriger Betätigung Ernst macht, indem man auch die normativen Elemente der Schuld in die subjektive Rechtswidrigkeit hineinzieht. Zwar bezieht sich dann das Urteil der subjektiven Rechtswidrigkeit, welches hier aber zutreffend Strafwürdigkeitsurteil ist, auf eine Handlung und nicht, wie bei der Schuld, auf eine Motivation, einen psychischen Tatbestand. Aber das objektiv Hinzutretende würde nur einem berechtigten Bedürfnis nach Rechtssicherheit genügen, es ist eine Handlung, die nur einen Schluß auf das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zuließe, „ein objektives Moment zur Voraussetzung des Einschreitens."[29]) Eine bestimmte Eigenschaft, wie sie bei einem System mit objektiver Rechtswidrigkeit in der Sozialschädlichkeit, der Rechtsgüterverletzung, liegt und erforderlich ist, braucht hier der Handlung nicht zuzukommen, und selbst, wenn sie diese Eigenschaft haben sollte, wird der Handlung kein Strafwürdigkeitsfaktor hinzugefügt; denn „in Wahrheit ist nur der Versuch verboten." Inhaltlich sind Schuld und subjektive Rechtswidrigkeit identisch, denn der allein maßgebliche Strafwürdigkeitsgehalt, der sich aus dem

[27]) Grünhut, Begriffsbildung, S. 8; vgl. auch Sauer, Grundlagen, 21, S. 307.

[28]) Nagler, Begriff, Frank-Festg. I, S. 340.

[29]) Zimmerl, Aufbau, S. 29.

gleichen präventiven Charakter der Strafdrohung ergibt, bleibt immer derselbe, gleich welcher Art die Betätigung ist. Dazu aber kommt, daß nicht nur die Handlung des schuldlos Irrenden in den rechtsleeren Raum fällt, wie im psychologischen System, sondern auch die Handlung des Geisteskranken, des in Notstand Befindlichen, des schwer Bedrohten nach § 52 StGB und des wegen Nichtzumutbarkeit entschuldigt Handelnden. — Mit Rücksicht auf das hier lediglich zur Debatte stehende Trennungsproblem, welches also ausschließlich die inhaltliche Seite der subjektiven Rechtswidrigkeit zum Gegenstand hat, muß aber vor allen Dingen eingewendet werden: wenn die subjektive Rechtswidrigkeit in dieser Hinsicht mit der Schuld identisch ist — wozu die andere Bezeichnung? Die ganze Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit darf doch wohl nicht lediglich darauf hinauslaufen, denjenigen Handlungen,[30]) die sich als pflichtwidrige Betätigungen darstellen, die Bezeichnung „rechtswidrig" zu geben, d. h. den materialen Gehalt der objektiven Rechtswidrigkeit aus dem Rechtswidrigkeitsbegriff zu elemenieren, wodurch zwar einerseits dem offenbar bestehenden Bedürfnis nachgekommen ist, daß ein Verbrechen stets rechtswidrig und schuldhaft sein müsse (obgleich es nur immer auf eine Analyse des Verbots auf subjektive und objektive Verbotselemente ankommen kann), wodurch aber andererseits die subjektive Rechtswidrigkeit zu einem Formalbegriff ohne eigenen Inhalt wird,[31]) zu einer rein spekulativen, wirklichkeitsfremden Denkform, wenn auch wenigstens der Fehler vermieden wird, der zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen geführt hat, nämlich der, den Tatbeständen „bloß" pflichtwidriger Betätigung eine durch subjektive Momente erhöhte, also schon vorhanden gewesene Rechtsgüterverletzung zu unterschieben, die gar nicht vorhanden ist, nur um die Rechtswidrigkeit für die Verbrechenslehre zu retten.[32])

Wenn aber die Proklamierung einer subjektiven Rechtswidrigkeit vorwiegend bezweckt, die „Bindungsseite" des Rechts schärfer zu betonen — daß sie nur diesem Zwecke dienen kann, liegt doch auf der Hand —,[33]) so handelt es sich insoweit überhaupt nicht um ein Problem der Rechtsdogmatik, sondern um ein solches der Rechtsanwendung, als überhaupt noch an dem Erfordernis objektiver Rechtswidrigkeit festgehalten wird.[34]) Daraus erklärt sich auch, daß die Imperativentheorie nicht aus dogmatischer Arbeit an Hand des positiven Rechts, sondern aus Erwägungen mehr rechtsphilosophischer Art entstanden ist, letzten Endes also aus einer Weltanschauung; liegt doch auch heute die Quelle für das erneute Auftauchen des Problems einer subjektiven Rechtswidrigkeit auf weltanschaulichem Gebiet.

---

[30]) Die subjektive Rechtswidrigkeit ist natürlich eine Rechtswidrigkeit des Objektiven.

[31]) Vgl. oben S. 71 ff. In diesem Sinne anscheinend Berges, a. a. O.

[32]) Vgl. unten S. 248.

[33]) So bedauert schon Wegner: „Bei der Unrechtslehre . . . beobachten wir, daß aus praktischen Gesichtspunkten und Gründen der Rechtssicherheit die Bindungsseite über dem Interessenschutz vernachlässigt wird." (Ueber den Geltungsbereich S. 129) „Unrecht ist das dem Rechts*willen* — Entgegensein (Wegner, a. a. O.). Vgl. auch unten S. 88.

[34]) Ein sehr schönes Beispiel liefert Wegner bei seiner Kritik zu Martens, in JW 1931, S. 2776 ff. Daß unser geltendes Recht aber nur in seltenen Fällen davon Abstand nimmt, wurde gezeigt.

Der Bindungsseite des Rechts aber kommt ausschließliche Bedeutung im Schuldurteil zu, welches darüber berichtet, ob und inwieweit der Täter dem Rechtswillen gefügig war oder nicht. Deshalb sollte man u. E. sich überhaupt nicht bemühen, inhaltliche Unterschiede zwischen Schuld und subjektiver Rechtswidrigkeit zu konstruieren. Die Trennungsfrage ist nicht nur unerquicklich, sondern u. E. auch müßig. Eine Trennung kann nur dazu führen, das Bindungsproblem des Rechts für das Gebiet des Strafrechts ohne Gewinn, aber mit Nachteil zu zerspalten.[35]) Deshalb ist der Unterschied von Schuld und subjektiver Rechts-

---

[35]) Deshalb ist wohl dem zuzustimmen, was Wegner gegen die objektive Theorie im Zusammenhang mit dem Irrtum über die Strafmilderungsgründe in JW 1931, S. 2776 ff. gegen Martens ausführt, soweit er sich gegen die Materialisierung des Rechtsgutsbegriffs bei Martens wendet. Nicht aber, wenn er sagt: „Das Recht erscheint Martens in der Hauptsache als ein Komplex von Bewertungsnormen." „Die von ihm (Martens) abgelehnte Imperativentheorie kommt, wie mir scheinen will, zu einer besseren Lösung." „Du sollst nicht stehlen, heißt der einfache Befehl in § 242, wie in § 248a. Um diesen Befehl handelt es sich bei der Unrechtsfrage. Aber die Auflehnung des Täters gegen den Befehl ist eine verschieden schwere: das ist die Schuldfrage. Man sieht, so ganz miteinander vermengt sind Unrechts- und Schuldfrage in der subjektiven Unrechtslehre denn doch nicht." Hier werden also, u. E. zutreffend, die Fragen getrennt „wozu" bestimmen und „inwieweit" bestimmen, d. h. die Fragen der Bestimmung und der Schuldbewertung (Schuld). Auch darin ist Wegner noch zuzustimmen — gegen v. Liszt-Schmidt (vgl. oben S. 59) — daß die Bestimmungsnorm nicht dem § 248a, sondern dem § 242 zu entnehmen ist, behandelt doch § 248a nur einen Fall von Vorliegen geringerer Vorwerfbarkeit des Sich-nicht-bestimmen-Lassens. Die Frage des Inwieweitbestimmens, des Grades der Auflehnung, wird bei Wegner zur Schuldfrage gezogen. Diese Ansicht stimmt mit der herrschenden Schuldlehre überein. Der Widerspruch gegen die Norm „du sollst nicht stehlen" soll aber Unrecht sein. Man muß fragen: auch beim Zurechnungsunfähigen, beim Schwerbedrohten? Dann bekennt sich Wegner zum subjektiven psychologischen System und spricht gegen ihn alles das, was gegen dieses System eingewendet worden ist. Wenn aber Unrecht und Schuld sich wie bei § 242 und §248a nach dem Grade der Vorwerfbarkeit abgrenzen sollen, durch schuldkolorierende Elemente gebildet werden, so fehlt nicht nur der Abgrenzungsmaßstab, der schwerlich wird gefunden werden können, sondern überhaupt die Möglichkeit dieser Unterscheidung, sofern verschiedene Grade der Vorwerfbarkeit überhaupt nicht in Frage stehen, wenn also z. B. nur ein Fall des § 242 zur Debatte steht. — Zu beachten ist, daß nicht jede „Absicht" schuldkolorierendes Element ist, so nicht bei den „echten Absichtsdelikten". Hier ist die Absicht echtes Vorsatzelement und gehört daher auch zu dem Inhalt der Bestimmungsnorm. Vgl. oben S. 44. Es ist also eine Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit nach dem Grade der Vorwerfbarkeit je nach Vorliegen von schuldkolorierenden Elementen hier von vornherein ausgeschlossen. Aehnl. Goldschmidt, Norm. Schuldbegriff, S. 462: „Allerdings weisen auch die für die Absichtsdelikte zu formulierenden Pflichtnormen (Bestimmungsnormen?) Anomalien auf. Während . . . die Pflichtnormen regelmäßig einfache Motivationsgebote (!) sind, verbieten sie bei den Absichtsdelikten, daß der Tatbestandsvorstellung die Wirkung als Gegenmotiv deshalb versagt werde, weil die Vorstellung eines darüber hinausreichenden Erfolges zum Motiv erhoben wird. An die Stelle des unbedingten Gegenmotivationsgebots tritt das Verbot des Unterbleibens der Gegenmotivation aus bestimmtem Grunde." Damit ist u. E. der Inhalt der Bestimmungsnorm in diesen Fällen richtig festgestellt, bei der Formulierung aber ganz überflüssigerweise auf den Zeitpunkt der Vollendung des Delikts Rücksicht genommen. — Daß „Eigennutz", „Gewinnsucht",

widrigkeit auch nicht auf der inhaltlichen, sondern auf der funktionellen Seite zu suchen, der wir uns jetzt zuwenden wollen.

c) Vorsatz und Fahrlässigkeit als delictum sui generis.

Es ergibt sich, daß die Pflichtnormwidrigkeit nicht mehr „Schuld" wie bei Annahme einer objektiven Rechtswidrigkeit ist, sondern zum delictum sui generis wird, zur „einfachen Normwidrigkeit",[36]) denn von Schuld reden wir nur, wo „eine juristische Kausalverknüpfung zwischen der vom Gesetz mißbilligten Willenshaltung eines zurechnungsfähigen Subjekts mit einem Erfolg"[37]) vorliegt. An dieser „juristischen Kausalverknüpfung" fehlt es aber hier, mag auch die psychologische im Täter vorhanden sein,[38]) oder die Unvollkommenheit derselben, wie bei der unbewußten Fahrlässigkeit, durch ein normatives Element, das Erfordernis einer besonderen Pflichtwidrigkeit ergänzt werden. Man kann also die Behauptung Kohlrauschs, die unbewußte Fahrlässigkeit sei infolge Mangels einer psychologischen Erfolgsbeziehung gar keine Schuldform, sondern delictum sui generis, nur dann mit dem Hinweis auf das der Fahrlässigkeit eigene normative Element widerlegen, wenn man von vornherein die objektive Rechtswidrigkeit zum Ausgangspunkt nimmt. Tut man das nicht, ist also die Kausalkette, welche die Motivation mit dem Erfolg verbindet, mangels Verursachungsverbots unterbrochen, (so weitgehend dürfte die Bemerkung Kuhlenbecks kaum gemeint sein, sie ist aber dahingehend zu erweitern) so hat man auch mit diesem Hinweis nicht erreicht, die Fahrlässigkeit zur Schuldform zu erheben. Was man aber erreicht hat, ist vor allem — und dies im Gegensatz zur Annahme einer „allgemeinen Diligenzpflicht" Dohnas und zum versari in re illicita — die Abstufbarkeit der Fahrlässigkeits-„Schuld"-schwere nach dem (pflichtwidrig nicht vorgestellten) Erfolg.[39])

„Bosheit" Tatbestandsmerkmale der „Pflichtnorm" (als Schuldbewertungsnorm) sind, ist ebenso richtig, wie deren Einbeziehung in die Bestimmungsnorm unrichtig wäre. (Goldschmidt, a. a. O. unklar, da er nicht scharf genug zwischen Bestimmungsnorm und Pflichtnorm unterscheidet.)

[36]) Zum „reinen Ungehorsam". Hierzu rechnet bekanntlich Binding, von dem jene Wendungen entlehnt sind, diejenigen Fälle, in denen das „Deliktsmoment" der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung zurücktritt, um das des „Ungehorsams", der „Unbotmäßigkeit" zurückzulassen. Dem reinen Ungehorsam ist „wesentlich, daß Verletzung und Gefährdung . . . ihm gerade nicht wesentlich ist." Er „stellt das einfache Gegenteil der Verletzungs- und der Gefährdungsverbrechen dar". (Normen I, 1916, § 54 S. 407; vgl. auch Normen IV, 1919, § 274 S. 356). Der Ungehorsam besteht hier allerdings nicht in der Vornahme einer bestimmten Handlung, sondern in dem Verursachenwollen. Daher paßt hier auch nicht, was Binding (Normen I, 1872 2. Abschn. § 59) über Vorsatz und reinen Ungehorsam ausführt (Dort handelt es sich um das Wollen der Handlung, hier um das Wollen des Erfolges). Gemeinsam bleibt aber die Unerheblichkeit einer möglicherweise vorliegenden Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung. Vgl. dazu auch Mezger, Lehrbuch, § 34 S. 276.

[37]) v. Kuhlenbeck, in Staudinger Komm. zum BGB 5./6. Aufl. II S. 134.

[38]) Unklar Goldschmidt, Notstand, S. 22, wenn er die psychologische Verknüpfung für ausreichend hält.

[39]) Der Satz: versanti in re illicita imputanto omnia quae sequunto ex delicto, den die italienische Schule dem kanonischen Rechte entnahm (vgl. darüber: v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, S. 303, 365, 371; I, S. 96; Löffler, Schuld-

Also bei der Annahme einer subjektiven Rechtswidrigkeit ist die Schuld delictum sui generis, nicht mehr wirkliche Schuld, weil das Schuldurteil stets an die Kausalität anknüpft: du hast schuldhaft den Erfolg verursacht, die subjektive Rechtswidrigkeit dagegen eine „Schuld" annimmt, ohne sie auf die Verursachung eines Erfolges zu beziehen. Die Pflichtnormwidrigkeit ist nur dann eine Schuldform, wenn sie auf die Verursachung bezogen wird: „Immerhin mag . . . das Handeln in der Vorstellung der kausalen Bedeutung für den vom Recht perhorreszierten Erfolg und das Handeln, das von dieser Vorstellung begleitet sein würde, wenn der Täter über die Folgen seines Handelns gehörig nachgedacht hätte, als schuldhaftes Handeln bezeichnet werden."[40]) „Ein großer Unterschied von dem Schuldbegriff der herrschenden Lehre besteht darin, daß er nicht die Kausalität des Handelns zum Begriffsmerkmal hat. An die Stelle des Satzes „keine Verschuldung ohne Verursachung" tritt der Satz: „Schuld unabhängig von Verursachung".[41]) Wenn Mezger sagt:[42]) Als Ausgangspunkt

---

formen I, 1895 S. 136 ff.; Dohna, Zum neuesten Stand, S. 330—332) führte zu einer Haftung für Erfolge aus Handlungen, wenn diese nur aus irgendeinem Grunde ungesetzlich waren, gleich, ob und wie der Täter sich zum Erfolg stellte. Dazu führte auch die „allgemeine Diligenzpflicht" Dohnas, (GS 65, S. 323) für deren Verletzung eine Abstufung der Strafe nach dem Erfolge unmöglich war Das normative Fahrlässigkeitselement liegt aber nicht in der Verletzung einer allgemeinen, sondern einer besonderen Sorgfaltspflicht, (Goldschmidt, Notst. S. 29; v. Hippel, II S. 364) die dahin geht, die äußeren Umstände möglichst für die Schaffung der Erfolgsvorstellung zu verwerten (vgl. Goldschmidt, Notstand, S. 26—29) und die deshalb und insoweit die Zurechnung des Erfolges rechtfertigt. — Nachdem gerade Goldschmidt sich bemüht hat, die unbewußte Fahrlässigkeit als Schuldform nachzuweisen, ist es hart, wenn Mezger (Lehrbuch, § 34 S. 255 und 256) von ihm gerade — er hätte von Bar (Gesetz u. Schuld, II S. 444/5) und Klee (GA 62, S. 455) nennen können — behauptet, er mache die Fahrlässigkeit zum delictum sui generis. Ueberhaupt ist die Wiedergabe der Lehre Goldschmidts bei Mezger (a. a. O.) durchweg unzutreffend. „Ein besonders schlagender Beweis für die Selbständigkeit der Pflichtnorm soll die Lehre von den Entschuldigungsgründen geben." Gewiß, aber nicht für ihre Selbständigkeit gegenüber dem objektiven Unrecht, wie Mezger meint, sondern gegenüber der Bestimmungsnorm, wie Liszt (26. Aufl. S. 224 und in früheren Aufl.) in Abrede stellt. „Die Rechtsnorm ist hier identisch mit dem Imperativ, das ist gerade das Wesentliche dieser Lehre." Gerade das Gegenteil ist der Fall: Goldschm. scheidet Imperativ und Pflichtnorm, weil letztere Bewertungsnorm werden soll. „Ohne Bewertungsnorm aber gibt es keine selbständige Bestimmungsnorm. Jene ist die logische Voraussetzung dieser." Die logische Selbständigkeit der Bestimmungsnorm (muß heißen Pflichtnorm) hat Goldschmidt niemals behauptet.

[40]) Höpfner, ZStW 23, S. 651.

[41]) Höpfner, a. a. O., S. 652. Daß vom Standpunkt einer subjektiven Rechtswidrigkeit das Vorliegen der psychischen Erfolgsbeziehung beim vorsätzlichen Handeln ebensowenig hindert, den Vorsatz zu einem delictum sui generis zu machen, wie das Vorliegen einer „quasipsychologischen Erfolgsbeziehung" die Fahrlässigkeit hindert, zu einem solchen zu werden, auch wenn man ihr ein normatives Element, eine Pflichtwidrigkeit hinzufügt, wird richtig betont von Höpfner (a. a. O. S. 650) und Goldschmidt (Notst. S. 18). Besonders deutlich wird der Unterschied, wenn wir Höpfner als Subjektivisten und Goldschmidt als Objektivisten in der Frage der Rechtswidrigkeit gegenüberstellen, wo sie zur Parallele von unechtem Unterlassungsdelikt und unbewußter Fahrlässigkeit Stellung nehmen: Bezüglich der Unterlassung einerseits: „Geht man nun von der subjektiven

aller Schuldbetrachtung steht uns zunächst eins fest: Alle Schuld ist abhängig vom Unrecht. Ohne Unrecht keine Schuld." „Ohne Unrecht ist Schuld nicht denkbar", so kann dem nur zugestimmt werden. Nicht aber scheint uns richtig zu sein, daß Schuld stets mit begangenem Unrecht untrennbar verbunden sei.[43]) Zwar handelt es sich dann nicht mehr um echte Schuld als „Modalität" (Goldschmidt) eines äußeren rechtswidrigen Verhaltens, doch haben die Erörterungen über die viel umstrittenen Absichtsdelikte — die subjektive Versuchsauffassung behauptet es ebenfalls — gezeigt, daß Schuld ohne begangenes Unrecht jedenfalls positiven Rechts ist.[44]) In der Auffassung, als müsse jedes Verbrechen ein schuldhaft begangenes Unrecht sein, scheint uns auch der Hauptirrtum zu liegen, der die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ständig durchzieht und den wir unten noch genauer erörtern werden. Genau so aber, wie das pflichtwidrige Sichnichtbestimmenlassen durch die Erfolgsvorstellung Schuld ist, wenn man es juristisch mit dem Erfolg verknüpft, indem man es auf die Verursachung bezieht, oder auch Versuch (subjektiv gefaßt), wenn man dies nicht tut, „erscheint . . . die unbewußte Fahrlässigkeit[45]) nicht als Schuldform, sondern als delictum sui generis", wenn sie lediglich besteht „im Handeln, ohne sich den Erfolg des Handelns vorzustellen, obgleich der

---

Fassung der Norm aus, erscheint deshalb der Eintritt des unerwünschten Ereignisses als grundsätzlich irrelevant, so wird man im Hinblick auf den Fall des Eintritts gar nicht auf den Gedanken kommen können, behufs Rechtfertigung der Bestrafung des Unterlassungsdelikts die Frage nach der Kausalität der Unterlassung aufzuwerfen." (Höpfner, a. a. O., S. 647). Weiter wird dementsprechend betont, „daß es bei der Frage, ob eine Unterlassung für strafbar erklärt werden kann, nur darauf ankomme: „ob die Unterlassung rechtswidrig sei oder nicht, nicht ob sie kausal sei." Andererseits: „Die Rechtswidrigkeit der Nichthinderung (des Erfolges) ersetzt nur das kausale Manko dieser Erfolgsbeziehung." (Goldschmidt, Notst. S. 24 Anm. 15 a. E.). Zur unbewußten Fahrlässigkeit einerseits: „Um die Strafbarkeit desjenigen Handelns logisch zu begründen, das als kausal . . . vorgestellt werden könnte, genügt die Erwägung, daß dasselbe verboten . . . sei." ((Höpfner, S. 648.) Andererseits wird betont, daß auch bei der unbewußten Fahrlässigkeit die Pflichtwidrigkeit des Mangels der Erfolgsvorstellung „nicht einfach den Mangel der psychologischen Beziehung ersetzt, sondern nur ihre Unvollkommenheit ergänzt." (Goldschmidt, Notst. a. a. O. u. S. 30.)

42) in GS 89, S. 250.

43) Mezger, a. a. O.

44) Daß die Schuld sich vom begangenen Unrecht lösen kann, zeigt am deutlichsten die symptomatische Verbrechensauffassung, für welche „alle objektiven Tatbestandsmomente, alle Veränderungen der Außenwelt, nur noch insofern Bedeutung haben, als sie für Art, Grad und Richtung der Gefährlichkeit des Delinquenten symptomatisch sind." (Drost, Ermessen des Strafrichters 1930, S. 185). So z. B. Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Abhandl. des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, n. F. V. Bd. 3. Heft, 1907, S. 197 und 275/76, und Kollmann, ZStW 28, 1908, S. 457: „Demnach ist die Rechtsverletzung nicht von primärer Bedeutung für die Frage, ob gestraft werden soll, sondern von sekundärer als Strafschulderkenntnismittel. Vgl. auch a. a. O., S. 458/459. Es kommt also auf den rechtsgutsverletzenden Charakter der Handlung überhaupt nicht an. Unrichtig daher Mezger (GS 89, S. 250/1), wenn er behauptet, daß auch hier „in Wirklichkeit" vom begangenen (!) Unrecht ausgegangen werde. Richtig gegen Mezger Hegler, (Frank-Festgbp. I, S. 299).

45) Ebenso ist es bei der bewußten.

Täter dies hätte tun sollen und können."[46]) Als Schuldform aber ist „die Fahrlässigkeit nach dem Gesetzeswortlaut auf die Verursachung zu beziehen (vgl. § 222, 230 StGB)."[47]) als Schuldform wäre sie es jedoch, auch ohne daß wir dazu der Berufung auf den Gesetzeswortlaut bedurft hätten.

Anhang: Zur Reform.

Gemäß der Forderung des Willensstrafrechts, daß die konkrete Strafgröße mit dem Schuldgrad in Einklang stehen soll (vgl. Sauer, Ethisierung, S. 190 und Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 283), wäre es mindestens zunächst konsequent, wenn auch das kommende Strafrecht die Fahrlässigkeit als delictum sui generis anerkennen würde. In dieser Richtung liegt jedenfalls die „Kampfansage" an die Fahrlässigkeit von seiten Klees (DJZ 1934, S. 1309), der in der Fahrlässigkeit nicht Verstandes-, sondern Willensschuld sieht. Er fordert in Parallele zum Versuch ihre Bestrafung auch dann, wenn der Erfolg aus irgendeinem Grunde ausbleibt und überträgt demgemäß dem Besonderen Teil die Aufgabe, Gefährdungstatbestände aufzustellen (ebenso Freisler, in Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, S. 29), zumal die bestehenden Polizeiübertretungen, deren Tatbestand ein fahrlässiges Verhalten ohne Rücksicht auf den Eintritt eines verletzenden Erfolges fordert, eine Strafe androhen, die „aber oft in keinem Verhältnis zur Größe der herbeigeführten Gefahr" steht (Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 123). Die nach geltendem Recht bestehende Abhängigkeit der Strafe vom Zufall des Erfolges sei eine Ungerechtigkeit (u. E. aber nur zugunsten (!) des Täters), die durch Aufstellung von Gefährdungstatbeständen, insbesondere der eines Tatbestands leichtfertiger Gefährdung fremden Lebens, beseitigt werden müsse (Klee, a. a. O., S. 123/124; Sauer, daselbst, S. 185). In die Richtung der Anerkennung einer Fahrlässigkeit als delictum sui generis weist auch die Bemerkung Sauers (a. a. O., S. 188, Anm. 20), „daß grobe Fahrlässigkeit oft schwerer wiegt als Vorsatz (z. B. bei reinen Gewaltdelikten); eine beharrende Gleichgültigkeit gegenüber den Anforderungen von Volk und Staat ist oft gefährlicher, vorwerfbarer, als einmal ein offener akuter Bruch." Dieselbe Tendenz zeigt schließlich auch die Neuregelung der Teilnahme insofern, als z. B. einerseits auch die fahrlässige Anstiftung strafbar sein soll (vgl. von Dohnanyi, a. a. O., S. 80), andererseits eine „unternommene" Haupttat genügt, ja sogar die Abhängigkeit von einer Haupttat bei besonders schweren Delikten vollkommen gelöst ist (vgl. Dohnanyi, a. a. O., S. 80/81). Die große Frage bleibt aber, ob hierin eine „doktrinäre Ueberspannung" des Willensstrafrechts liegt (so Mezger, DJZ 1934, S 104), weil die Strafbarkeit ungemein ausgedehnt würde (skeptisch auch Ebert, Dtsch. Justiz, S. 483,1). Mit Recht weist Graf Gleispach (in Das komm. dtsch. Strafr. Bes. Teil, S. 263) darauf hin, daß rücksichtlich mangelnder Anzeige derartige Bestimmungen auf dem Papier stünden. Im allgemeinen sei auch der Schuldgrad höher, wenn die Fahrlässigkeit eine Verletzung zur Folge habe. — Im übrigen wird mit der Schaffung von Gefährdungstatbeständen die Fahrlässigkeit dann nicht zum delictum

[46]) Goldschmidt, Notstand, S. 22.

[47]) Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, S. 177.

sui generis, wenn sie eine objektive Gefährdung fordern, (in diesem Sinne soll die „Arbeitskraft" vor fahrlässiger Gefährdung geschützt werden; vgl. Grau, in Das kommende dtsch. Strafr. Bes. Teil, S. 238/9) was von Klee allerdings nicht beabsichtigt zu werden scheint. (Vgl. DJZ 1934, S. 1309.) Es ist aber zu beachten, daß die Haftung für Fahrlässigkeit, d. h. für vorwerfbare Nichtvoraussicht der Gefahr (!) im allgemeinen schon begrifflich einen Gefährdungstatbestand voraussetzt. (Vgl. S. 96, Anm. 70 der Abhandlung.)

d) Subjektive Rechtswidrigkeit und selbständige Pflichtnorm.

Wir brauchen also einen Begriff: subjektive Rechtswidrigkeit, um uns die Strafbarkeit der Fälle erklären zu können, wo das Gesetz die Schuld zum delictum sui generis gemacht hat. Die Frage nach der subjektiven Rechtswidrigkeit ist hier also nicht aus denselben Gründen abzulehnen, aus denen wir die Brauchbarkeit und Erforderlichkeit des Begriffs anläßlich der Behandlung des Trennungsproblems verneint haben. Das Urteil subjektiver Rechtswidrigkeit geht zwar inhaltlich über das Schuldurteil nicht hinaus, doch ist das „Schuld"urteil hier nicht mehr als Modalität einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Handlung an die Voraussetzung begangenen Unrechts gebunden. Wenn aber die Bedeutung der subjektiven Rechtswidrigkeit darin liegt, die Schuld vom objektiven Unrecht zu trennen, so haben wir es bei der subjektiven Rechtswidrigkeit mit keinem anderen Problem zu tun als dem, welches Goldschmidt hinsichtlich der Versuchslehre aufwarf, als er seine „Pflichtnormen" als selbständige Normen (dem Unrecht gegenüber!) kennzeichnete,[48]) ohne sich also schlechthin vom objektiven Unrecht zu entfernen. Die Selbständigkeit der Pflichtnormen ist angegriffen worden,[49]) so z. B. von Kriegsmann[50]) unter Hinweis auf das Notwehrrecht und auf die Verwischung von Recht und Moral, die die Selbständigkeit der Pflichtnorm zur Folge hätte. Diese Einwände können als widerlegt gelten,[51]) ebenso der Einwand Sauers,[52]) daß, wenn es keine „pflichtwidrige Legalität" gebe, die Pflichtnorm sogar überflüssig wäre. Auch diesem Einwand ist Goldschmidt begegnet.[53]) U. E. lassen sich Einwände gegen diese Lehre nur herleiten aus dem „Geist" unseres Gesetzes, eben der bislang herrschenden Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung, die ausgeht „von der obersten Trennung von Recht und Sittlichkeit, von strafrechtlicher und ethischer Wertung. Die Rechtsgutsverletzung (oder -gefährdung) aber ist regelmäßig objektiver Natur, wie es denn nach aufklärerischer Auffassung gerade das Wesen des Rechts und sein eigentliches Un-

---

[48]) Notstand, S. 18. Die Identität dieser Probleme wird auch von Mezger, Lehrb. S. 256, anerkannt.

[49]) Daß die Einwände Mezgers fehlgreifen, wurde bereits gesagt. Vgl. oben S. 27.

[50]) ZStW. 35, S. 318/20.

[51]) Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 433/35, soweit sie überhaupt einer Widerlegung bedürfen. Vgl. den folgenden Text.

[52]) Grundlagen, S. 573.

[53]) und zwar mit Erfolg. Goldschmidt, a. a. O., S. 434.

terscheidungsmerkmal von der Sittlichkeit ausmacht, daß es nur das äußere Zusammenleben der Menschen regeln will und deshalb primär an objektive Gegebenheiten anknüpft. Daraus wiederum ergeben sich als Ausfluß jener obersten Trennung die weiteren Trennungen von objektiven und subjektiven Verbrechensvoraussetzungen, von Rechtswidrigkeit und Schuld, von Rechtsnormen und Pflichtnormen, von Bewertungsfunktion und Bestimmungsfunktion des Rechts, Trennungen, welche in der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung der letzten Jahrzehnte eine so außerordentliche Bedeutung erlangt haben."[54])

e) Die objektiven Merkmale als Bedingung der Strafbarkeit oder als objektives Unrecht.

Die unterschiedliche Auffassung vom Inhalt der dem Gesetz unterstellten Verbote bei der subjektiven und objektiven Unrechtsauffassung bringt weiterhin mit sich, daß der Handlung, also der objektiven Seite des Delikts, eine verschiedene Bedeutung zukommen muß. Ist „in Wahrheit nur der Versuch verboten", „liegt der Erfolg außerhalb der Handlung", kommt es weder auf dessen adäquate Verursachung an, noch bildet er einen Unrechtsinhalt; die Ablehnung der Strafwürdigkeit der Erfolgsverursachung hat den Mangel eines dahingehenden Verbots zur Folge. Daraus ergibt sich: wird in dem Tatbestand eines Gesetzes, welches auf subjektiver Rechtswidrigkeit aufgebaut ist, Versuch und Vollendung bestraft, und zwar die Vollendung schärfer als der Versuch, so ist der Eintritt des Erfolges lediglich Bedingung höherer Strafbarkeit des gesetzlich verbotenen Versuchs. (?) Wird der Versuch aber überhaupt nicht bestraft, sondern nur die Verletzung, so ist der Eintritt des Erfolges Bedingung der Strafbarkeit des zwar nicht vom Gesetz, aber des „in Wahrheit" verbotenen Versuchs.[55]) (?) Nicht anders wären die entsprechenden Fälle auf dem Gebiete der Fahrlässigkeitsdelikte[56]) zu beurteilen. Nun haben wir oben[57]) schon bemerkt, daß wir auf der Suche nach „Wahrheit" nichts besseres tun können, als den im Gesetz[58]) zum Ausdruck gelangten Verboten unsere Aufmerksamkeit zu schenken. Daß „in Wahrheit" stets nur der Versuch verboten wäre, ist nicht Wirklichkeit, sondern krasse Fiktion. Da strafrechtliches Verbot und Strafwürdigkeit (vom Standpunkt des Gesetzgebers aus) in Wechselbeziehung stehen, bleibt die Frage nach dem Inhalt des Verbotenen an das Gesetz gebunden. Daß der Mangel der Strafbarkeit des Versuchs mit einer subjektiven Rechtswidrigkeit unverträglich ist, liegt doch auf der Hand. Deshalb ist — bis auf wenige Ausnahmen — die „Imperativentheorie"[58a]) hinsichtlich des noch geltenden Rechts zu verwerfen. Unser geltendes Strafrecht ist eben beherrscht von der Unterscheidung

[54]) Schaffstein, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? In Deutsches Strafrecht, Heft 4, April 1935, N.F. 2. Bd.

[55]) Vgl. Goldschmidt, Notst. S. 22.

[56]) Goldschmidt, a. a. O. und v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. § 41 N. II S. 273.

[57]) Vgl. S. 75.

[58]) Daß die Imperativentheorie aus Erwägungen rechtsphilosophischen Charakters hervorgegangen ist, wurde bereits erwähnt. In dieser Eigenschaft liegt ihr bleibender Wert.

[58a]) i. Sinne Holds.

zwischen Garantienormen und garantierten Normen. „Neben jeder garantierten Norm steht unausgesprochen eine Garantienorm, die dem einzelnen auferlegt, sein Verhalten so einzurichten, daß er die garantierten Normen nicht verletzt.“[59]) „Es war der Fehler Hold von Fernecks, daß er die Rechtsnormen kurzerhand mit den Pflichtnormen identifizierte und so dazu gelangte, die objektive Rechtswidrigkeit überhaupt in Abrede zu stellen.“[60]) Deshalb ist im Hinblick auf das geltende Recht ebenfalls unrichtig, wenn Höpfner ausführt: „Man muß sich die den Strafgesetzen zugrundeliegenden Normen nicht so formuliert denken: „Ihr sollt nicht die Ursache zu dem perhorreszierten Erfolg setzen“, sondern so: „Ihr sollt nicht diejenige Tätigkeit vornehmen, von der ihr euch vorstellt oder vorstellen könntet, daß sie den perhorreszierten Erfolg zur Folge haben wird oder kann.“[61]) Durch den Uebergang von der Erfolgshaftung zur Schuldhaftung sind eben beide Seiten des Rechts, die Bindungsseite und die des Interessenschutzes berührt.[62]) Der von Hegler[63]) ausgesprochene Gedanke, daß mit Rücksicht auf Bindungsseite und Interessenschutz der Bereich der im Inland strafbaren Handlungen sich nicht als Kreis mit einem Brennpunkt, sondern als Ellipse mit zwei Brennpunkten bildlich veranschaulichen lasse, wurde mit Recht von Wegner[64]) auf das Problem der Rechtswidrigkeit im Strafrecht übertragen. Die subjektive Rechtswidrigkeit richtet den Blick gänzlich auf die Bindungsseite des Rechts, um sie zu verselbständigen, sie aus der Umklammerung des Interessenschutzgedankens zu befreien. Damit sind dann Schuld und objektive Rechtswidrigkeit gleichberechtigte und voneinander unabhängige Strafwürdigkeitsfaktoren, deren Vorhandensein im einzelnen zu prüfen ist, da, wie wir sahen, unser geltendes Recht sowohl objektive wie subjektive Rechtswidrigkeit kennt. Auch das kommende Recht wird beide Arten kennen müssen. Schließlich ist für die Frage, ob ein objektiver Tatbestand Bedingung der Strafbarkeit oder Unrechtsinhalt d. h. Verbot ist, allein maßgeblich, ob sich bei Vorliegen der Tatsache die Strafwürdigkeit steigert, ob also Rechtsfolgen eintreten.[65]) Demnach trifft die Imperativentheorie, die nur

---

[59]) Goldschmidt, Notst. S. 17.

[60]) Goldschmidt, a. a. O., S. 18; Wolf, Studienreform, S. 41.

[61]) Höpfner, Zur Tragweite, in ZStW 23, S. 643.

[62]) Vgl. Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 120.

[63]) Prinzipien des internationalen Strafrechts, S. 34.

[64]) Ueber den Geltungsbereich, S. 128.

[65]) Das Vorliegen einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit ist ja überhaupt davon abhängig, in welchem Verhälinis ein objektives Merkmal, welches diesem Begriff unterfallen soll, zu dem eigentlichen Verbrechen steht. Die Meinungen sind hier außerordentlich geteilt. Teilweise ergeben sie sich schon aus der unterschiedlichen Auffassung bezüglich dessen, was als Verbrechensmerkmal anzusehen ist. Für die Frage, was Bedingung der Strafbarkeit sein könne, lassen sich wohl zwei Hauptmeinungen herausheben. Die erstere geht dahin, daß der Tatbestand da aufhöre, wo er nicht mehr schuldbezogen zu sein brauche, wo er außerhalb des „Schuldnexus“ steht. (Rittler.) Demnach sind Bedingung der Strafbarkeit nur schuldfremde Merkmale, also auch etwa der Erfolg bei den erfolgsqualifizierten Delikten. So z. B. Frank, S. 6 und vor § 51 VI; Beling, Lehre v. Verbrechen, S. 52 Anm. 1 mit der Einschränkung, daß durch das Merkmal dem Deliktstypus, dem „Leitbild“ (Lehre vom Tatbestand, S. 16) nichts hinzugefügt wird. Für diese Auffassung wäre

das dem Rechtswillen-Entgegensein für strafwürdig hält, alles andere aber — gegen das Gesetz — in den Bereich strafrechtswert-indifferenter Bedingung der Strafbarkeit verbannen will, rücksichtlich der objektiven Tatbestandsseite derselbe Vorwurf, der gegen die symptomatische Verbrechensauffassung vorzubringen ist, wenn diese Anspruch darauf erhebt, das geltende Recht zu erklären; auch sie löst sich vom objektiven Unrecht. Demgegenüber aber muß eben betont werden, daß nach der Auffassung unseres Gesetzes der objektive Tatbestand ein Wertgebilde ist, sich nicht aus Tatsachenelementen, sondern aus Wertelementen zusammensetzt;[66]) die Handlung ist nicht ein besonders geartetes qualifiziertes Schuldsymptom, sondern enthält „selbst das zu Erschließende",[67]) hat ihre soziologische Eigenbedeutung. — Die subjektive Rechtswidrigkeit muß im übrigen auch alle die Fälle als Erfolgshaftung charakterisieren, wo für mehr gehaftet wird, als sich aus der subjektiven Rechtswidrigkeit ergibt. Wir bezeichnen als Erfolgshaftung die Fälle, in denen „an einen zufällig eintretenden Erfolg eine verschärfte Haftung geknüpft wird",[68]) also einen, den der Täter weder im Sinne des Gesetzes verursacht,[69]) noch verschuldet hat, wo also die regelmäßig zu fordernden Voraussetzungen für die Erfolgszurechnung fehlen. Für die subjektive Rechtswidrigkeit ist jeder Erfolg „zufällig" gleich, ob er in juristischem Sinne verursacht oder[70]) in concreto ver-

---

in unserem Fall von objektiver Bedingung der Strafbarkeit keine Rede, da die Merkmale schuldbezogen sind. Wie Frank, auch Finger, in GA Bd. 50, S. 43 ff., Lehrbuch I, S. 120 und Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, Frank, Festg. II S. 4. Dagegen Mezger, Lehrbuch, S. 178 § 21 III, weil er das Argument aus § 59 StGB verwirft. (Dieses Argument bei Blume, S. 16—18. Die andere Meinung geht dahin, daß der Tatbestand nichts weiter ist als vertypte Rechtswidrigkeit, daß also der Tatbestand so weit reicht, als seine Merkmale eine allgemeine Schädlichkeitstendenz aufweisen. Die Schuldseite wird hier gänzlich außer Betracht gelassen. Diese Ansicht wird vor allem von Sauer vertreten. (Grundlagen, S. 307, 311.) Nun läßt sich durchweg sagen, daß das Gemeinwohl — was unsere Frage anbetrifft — jedenfalls *mehr* in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn der Erfolg eintritt, daß der Schädlichkeit also etwas hinzugefügt wird; in den Fällen also, wo der Versuch schwächer bestraft wird als die Vollendung, also nicht lediglich die Auflehnung gegen den Rechts*willen* für die Strafbarkeit der Vollendung in Betracht kommt, ebenso, wenn Versuch oder Fahrlässigkeit überhaupt nicht selbständig unter Strafe gestellt sind, kann nach Maßgabe dieser Auffassung der Eintritt des Erfolges ebenfalls nicht als Bedingung der Strafbarkeit gekennzeichnet werden. Diese Erörterungen vermögen auch rückschließend unsere Behauptung zu stützen, daß es sich in den genannten Fällen eben um objektives Unrecht handelt.

[66]) Wolf, Studienreform, S. 41.

[67]) Kriegsmann, ZStW. 30, S. 445.

[68]) Goldschmidt, Notstand, S. 28.

[69]) Besser: Verursacht unter juristischer Haftungsbegrenzung (Relevanztheorie, vgl. Mezger, Lehrbuch, § 15).

[70]) Da die subjektive Rechtswidrigkeit anders als die Schuld von der Verursachung, insbesondere der adäquaten, unabhängig bleibt, ist die letztere nicht stets mit der ersteren gegeben. Vor allem für die Fahrlässigkeit ergibt sich das Gegenteil aber vom Standpunkt einer subjektiv adäquaten Kausalitätstheorie. (Kries, Vgl. v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. S. 169 § 29; Mezger, § 15 S. 118. Unter Zugrundelegung der Aequivalenztheorie wird die weitgehende Haftung bei fahrlässiger Verursachung ohnehin im Sinne der Adäquanztheorie reguliert (RGE Str.

schuldet ist, denn er liegt stets außerhalb dessen, was regelmäßig Voraussetzung der Strafbarkeit ist, genau wie sonst bei Vorliegen einer „einfachen Normwidrigkeit". Natürlich ist hier aber dann, wenn Verursachung in juristischem Sinne und Verschulden gegeben sind, die Erfolgshaftung eine rein theoretische.[71])

Anhang: Zur Reform.

Ob das nationalsozialistische Strafrecht eine objektive Rechtswidrigkeit nach dem Gesagten kennen wird, d. h. die Rechtswidrigkeit als sachliches Unwerturteil über das äußere Geschehen im Sinne seiner rechtsgutsverletzenden Eigenschaft, ist noch als zweifelhaft anzusehen. Die überwiegende Tendenz scheint mir zur Symptomatik, also zur Ablehnung objektiver Rechtswidrigkeit, zu führen. — Gemäß dem Wesen des Willensstrafrechts steht der objektive Tatbestand nicht in seiner Isolierung am Anfang, „sondern am Anfang steht der Wille" (Ebert, Dtsch. Justiz, 1934, S. 480,1). Es kann sich also nur um die Frage handeln, w a n n der Wille zu bestrafen ist. Der Erfolg selbst ist überhaupt nicht unwertbetont (Ebert, a. a. O., S. 481,2). Er ist überhaupt nur dann und deshalb erheblich, wenn und weil er einen Maßstab abgibt für die Intensität des verbrecherischen Willens (Ebert, a. a. O., S. 481,1; vgl. auch Berges, Dtsch. Strafr. 1934, S. 242): „Die Tat ist lediglich Beweis und Gradmesser der Schuld" (Ebert, a. a. O., S. 480,2). — Hierin liegt natürlich ein unzweideutiges Bekenntnis zur reinen Symptomatik (vgl. dazu Nagler, Dtsch. Recht 1934, S. 55,1; ebenso Klee, Dtsch. Strafrecht 1934, S. 114—116, 119 u. 193). Die Strafe wird daher abgestuft nicht nach dem rechtsgutverletzenden Charakter der Tat (vgl. dazu neuestens Freisler, in Das kommende Deutsche Strafrecht, Bes. Teil, S. 62/63), sondern die Proportion heißt: „gleiche Schuld, gleiche Strafe". (Klee, Dtsch. Strafrecht 1934, S. 283; vgl. auch a. a. O., S. 287; zustimmend Sauer, Dtsch. Strafr. 1934, S. 190 und schon früher Gemmingen, Strafrecht im Geiste, S. 26). Deshalb kann der Erfolg zwar wohl für das „ob" der Bestrafung Erheblichkeit besitzen, nicht aber für das „wie" der Bestrafung; (Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 119) dies gilt auch in den Fällen, wo aus dem Eintritt des Erfolges auf eine größere verbrecherische Energie beim Täter geschlossen werden kann, woraus sich ergibt, daß hier der Erfolg indirekt nur für die Strafzumessung von Bedeutung ist (so Klee, Dtsch. Strafr. S. 117; Gemmingen, in JW 1933, S. 2372). Gleiches muß gelten, wenn der Erfolg nicht zufällig ausbleibt, sondern aus Gründen verminderter verbrecherischer Energie (vgl. Klee, a. a. O.).

Dagegen meint Finger (in GS 104, S. 265 ff.), daß an der objektiven Rechtswidrigkeit festgehalten werden müsse (gegen ihn Klee, Dtsch. Strafr.

6, 146; 28, 275; 29, 218; 56, 348). Bei Tatbeständen fahrlässiger Verletzung liegt also im Gegensatz zu denen vorsätzlicher Verletzung allgemein sowohl Schuld als subjektive Rechtswidrigkeit vor, weil die Fahrlässigkeitswertung einen erheblichen Teil der Kausalwertung absorbiert. Daher unrichtig Honig, Frank-Festg. I, S. 177.

[71]) A. A. Kantorowicz, S. 302 ff., Mon.Schrift f. Kriminalpsych. u. Strafrechtsreform, Bd. 7, der gegenüber dem Versuch die Haftung für den Erfolg stets als wirkliche Erfolgshaftung ansieht.

1934, S. 193), daß demnach die Tat in ihrer objektiven Bedeutung nicht nur für das „ob", sondern auch für das „wie" der Bestrafung erheblich sei. Die gleiche Ansicht vertritt auch Gerland mit dem Hinweis, daß die Volksanschauung dem Erfolg eine maßgebliche Rolle für die Frage der Strafwürdigkeit zuweise (Gerland, Dtsch. Justiz 1934, S. 227[2]; ebenso, unter Heranziehung der Geschichte: Lobe, DJZ 1934, S. 252), die Hervorkehrung der symptomatischen Bedeutung der Tat demnach den Grundsatz wieder aufgebe, daß das nationalsozialistische Strafrecht im Volksbewußtsein wurzeln solle. Außerdem entbehre ein solches Strafrecht genügender Abschreckungswirkung (a. a. O., S. 227; dagegen mit Recht Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 114 u. 116, indem er nachweist, daß der Anreiz im Gegenteil geringer wird, wenn schon der Versuch bestraft wird). Doch ist u. E. auch der Einwand abweichender Volksanschauung nicht zutreffend. (Vgl. die trefflichen Ausführungen von Ebert, a. a. O., S. 484,1 und von Sauer, Dtsch. Strafr. 1934, S. 190; vgl. auch die Denkschrift S. 124 und Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 117 und DJZ 1934, S. 1304). — Abweichender Ansicht ist auch Mezger (DJZ 1934, S. 104), wenn er die Berücksichtigung der verschiedenen Grade objektiver Gefährlichkeit fordert, deren ausschließliche Bedeutung für die Strafzumessung zu eng sei. „Die Welt eines verfeinerten und differenzierteren Rechtslebens umfaßt notwendig Subjektives (Seelisches, Willensmäßiges) und Objektives (Körperliches, Erfolghaftes) gleichermaßen." (S. 103; auch Lobe fordert obligatorische Minderbestrafung des Versuchs in DJZ 1934, S. 252: „Die Tat ist nicht nur Erkenntnismittel des verbrecherischen Willens", a. a. O., S. 250). Die Bewertung des Erfolges selbst werde vom Volksbewußtsein getragen, weshalb das Willensstrafrecht wenig besonderes biete; es kehre nur das Mischungsverhältnis von Verletzungs- und Versuchstatbeständen um. (a. a. O., S. 104; ebenso Nagler, Dtsch. Recht 1934, S. 55,2; Lobe, DJZ 1934, S. 251; dagegen mit Recht Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 120 und Ebert, a. a. O., S. 483,2).

Nun will das neue Strafrecht allerdings keineswegs vom reinen Verletzungstypus Abstand nehmen (vgl. Pr. Denkschr., S. 123). Dessen Beibehaltung ist vor allem diskutiert worden für die Fahrlässigkeits-, die Unterlassungs-, die Aeußerungsdelikte und für die einfache Körperverletzung. — Was die Fahrlässigkeitsdelikte anbelangt, so ist geltend gemacht worden, daß sie einer restlosen Durchführung des Willensstrafrechts ohnehin entgegenstünden (Nagler, Dtsch. Recht 1934, S. 55, 2), weil die Bestrafung doch wieder am Erfolg anknüpfe. (Ebenso Mezger, DJZ 1934, S. 104; vgl. dazu neuestens Gleispach, Das kommende Dtsch. Strafrecht, Bes. Teil, S. 262/3 und Mezger, daselbst, S. 268/9). Damit ist u. E. aber noch gar nichts gesagt für die Frage objektiver Rechtswidrigkeit; denn fraglich bleibt auch hier die Erfolgsbedeutung für das „wie" der Bestrafung. (Unrichtig daher auch Lobe, DJZ 1934, S. 250/1.) Negativ äußert sich vor allem Klee, indem er ausführt, daß der Erfolg niemals an und für sich maßgeblich sei, sondern nur als „Spiegelbild" (in Dtsch. Strafr. 1934, S. 119). Auch bei der Fahrlässigkeit wirke der Erfolg nicht strafverschärfend, soweit in solchen Fällen das gleiche Maß an Schuld vorhanden sei (a. a. O., S. 124); doch sei unbewußter Fahrlässigkeit gegenüber allgemein nicht volle Strafe, sondern nur ein „Denkzettel" am Platze. Hier soll also „in Wahrheit" nur die Fahrlässigkeit bestraft werden. Andererseits führt Ebert aus, die

Fahrlässigkeitsdelikte seien deshalb keine Ausnahmen vom Willensstrafrecht, weil das „Unternehmen" schon begrifflich einen bewußten Willen voraussetze, der gerade bei der Fahrlässigkeit fehle (a. a. O., S. 485, 2 u. S. 483, 1; vgl. aber S. 92 ff. der Abhandl.).

Ebenso könnte natürlich „in Wahrheit" nur die schuldhaft rechtswidrige Unterlassung verboten und bestraft werden, wenn auch rücksichtlich der Erweislichkeitsfrage der Eintritt eines Erfolges verlangt wird (vgl. dazu auch Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 287; Pr. Denkschrift, S. 132; Mezger, in DJZ S. 102; Sauer, Dtsch. Strafr. 1934, S. 186 — (u. oben S. 90 A. 41).

Die Aeußerungsdelikte bieten ebenfalls keine Angriffsfläche, da sie ihrer Natur nach Gefährdungsdelikte sind (Ebert, a. a. O., S. 485, 2). Schließlich will die Pr. Denkschrift, S. 123, für die einfache Körperverletzung den Verletzungstypus deshalb beibehalten, weil die Vorstadien der Verletzung strafrechtlich schwer erfaßbar seien (vgl. dazu Ebert, a. a. O., S. 481, 2 und Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 119), also aus Gründen der „Praktikabilität". Doch sagt allerdings die Denkschrift auch, daß hier kein „Bedürfnis zur Bestrafung" (!) bestehe.

Bezüglich der objektiven Rechtswidrigkeit ist das letzte Wort noch nicht gesprochen, hat doch auch Freisler (Das komm. Dtsch. Strafrecht, Allg. Teil, S. 28; vgl. auch z. B. Mezger, Das komm. Dtsch. Strafr., Bes. Teil, S. 271) ausgeführt, daß mit Rücksicht auf „ein gesundes Sühnebedürfnis" die Aufstellung qualifizierter Erfolgsdelikte berechtigt sei. Die Ablehnung dieser (vgl. Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 116 und DJZ 1934, S. 1303) wäre „Vergewaltigung eines Lebensbedürfnisses". Dagegen will Klee (a. a. O.) jede Erfolgshaftung beseitigen und auch die Einschränkung nicht gelten lassen, daß für den qualifizierten Erfolg Fahrlässigkeit vorliegen müsse. Er fordert, daß das Strafhöchstmaß schon für das einfache Delikt zur Verfügung gestellt werde (Dtsch. Strafr. a. a. O.), zumal auch dann zu beseitigende Zufallshaftung gegeben sei, wenn hinsichtlich des qualifizierten Erfolges Fahrlässigkeit nachgewiesen sei (!).

Nach Berges (Dtsch. Strafr. 1934, S. 243) soll das objektive Unrecht für das kommende Strafrecht seine Bedeutung in der Form subjektiver Unrechtselemente behalten. Er fordert den Ausbau der darauf gerichteten Lehre, die nicht nur das „Gespenst" einer Schuld-Rechtswidrigkeitskonfundierung verscheuche, sondern allgemein ein „strafrechtliches Morgenrot" ankündige. Wir vermögen nach den obigen Ausführungen dem allerdings nicht zuzustimmen.[72]) —

Von einer ganz andern Seite packt v. Gemmingen das Problem objektiver Rechtswidrigkeit im Hinblick auf das kommende Strafrecht an, indem er sich mit dem sehr schwierigen, hier nicht weiter zu erörternden Geltungsphänomen des Rechts auseinandersetzt. Ich verweise auf seine Ausführungen in „Die Rechtswidrigkeit des Versuchs", S. 36 ff. und 160 ff., und „Die Erfassung", S. 109. Er geht davon aus, daß jedes Unrecht, insbesondere das schuldhafte, dem Recht einen Geltungsabtrag zufügt, der durch die Strafe wieder ausgeglichen werden muß. „Die Rechtserschütterungswirkung wird vermittelt durch den Eindruck, den die verbrecherische

[72]) Vgl. aber S. 73 A. 10.

Tat innerhalb der Gemeinschaft hinterläßt" (S. 109), sie ist unabhängig vom Vorliegen einer Substratwidrigkeit: denn schon der verbrecherische Wille kann die Autorität des Rechts verletzen, andererseits nicht an den Willen gebunden, da auch der ungewollte Zustand rechtlichen Ungeordnetseins die „Gläubigkeit" der Rechtsuntertanen zu untergraben vermag. — Doch möchten wir es mit Gallas (ZStW 1934, S. 284) halten, der nicht den kriminalpolitischen Wert der „Geltungswidrigkeit" leugnet, wohl aber ihren rechtsdogmatischen. Der Geltungsabtrag mag wohl für den Gesetzgeber zum Motiv werden, selbständige dogmatische Bedeutung kann er u. E. nicht erlangen. Doch dürfte auch hier das letzte Wort noch nicht gesprochen sein; die neue Auffassung vom Unrecht als der Verletzung der Friedensordnung hat mit dem Rechtsgeltungsphänomen unverkennbare Zusammenhänge, deren Herausarbeitung und Verwertung allerdings noch aussteht (vgl. aber Lobe, in DJZ 1934, S. 248/9).

§ 11. Zusammenfassung.

Bevor wir uns von den ganz grundsätzlichen Fragen abwenden, wollen wir die praktischen Ergebnisse unserer Untersuchungen zusammenfassen. Danach ergibt sich u. E. schon für das geltende Recht die Selbständigkeit der Pflichtnorm für die Fälle, wo das geltende Recht rein subjektive Rechtswidrigkeit kennt.[1]) Die Anforderungen des Gesetzgebers sind auf der ganzen Linie zwischen dem Schuldsubstrat, etwa dem Charakter, und der Rechtsgutsverletzung, dem Unrechtssubstrat, relativ, weshalb es schon bisher durchaus unkorrekt war, dem Pflichtbegriff die zentrale Stellung im System zu versagen. Doch glauben wir, daß sich jede konkrete Anforderung des Strafgesetzes in keine weiteren Wertbestandteile zerlegen läßt, als Schuld und Rechtswidrigkeit,[2]) und zwar kommt als Schuldsubstrat nur Psychisches, als Unrechtssubstrat nur Objektives in Frage. Das ist freilich sehr bestritten: Auch Psychisches soll für die Unrechtswertung, für das Rechtswidrigkeitsurteil konstitutiv sein. Bekanntlich hat jene Behauptung zur Lehre von den subjektiven Unrechtsmerkmalen geführt, einer Lehre, die aber schon wieder auf „geordnetem Rückzug" befindlich ist. Wir wollen uns hier kurz fassen und verweisen vor allem auf die ausgezeichneten Ausführungen von Goldschmidt.[3])

Das Vorliegen subjektiver Unrechtselemente ist für drei Fallgruppen denkbar:

1. als Voraussetzung für Unrechtsausschließungsgründe (negatio negationis), als welche sie bereits in anderm Zusammenhang Gegenstand einer Erörterung geworden sind.
2. als Merkmale,die die Rechtswidrigkeit eines Tatbestandes mitbegründen in den Absichts-, den Tendenz- und den Ausdrucksdelikten.
3. als Merkmale, die die Rechtswidrigkeit ausschließen.

Daß für die erste Fallgruppe die Behauptung des Vorliegens subjektiver Unrechtselemente nicht haltbar ist, wurde an den Folgen zu zeigen versucht. Aber auch für die zweite Fallgruppe kann die Lehre nicht für zutreffend erachtet werden.[4]) Was die Absichtsdelikte,[5]) d. h. solche

---

[1]) Eric Wolf, Strafr. Schuldlehre, I. Teil, S. 132, spricht sehr zutreffend von objektiven Elementen des Schuldwerturteils mit indizierender Funktion oder von subjektiver Rechtswidrigkeit.

[2]) und zwar objektive; vgl. oben S. 26 ff.

[3]) Norm. Schuldbegriff, S. 458—465.

[4]) H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911, S. 147, bemerkt zu der Frage der Rechtswidrigkeit im Verhältnis zur Unsittlichkeit, daß letztere weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit sein könne. Sie sei „subjektive Rechtswidrigkeit". Vgl. auch M. E. Mayer, Lehrbuch d. Allg. Teils des deutschen Strafrechts, 1916, S. 186.

[5]) In Form der „toupierten Erfolgsdelikte" (z. B. §§ 257, 265 StGB) und der „verkümmert zweiaktigen Delikte" (z. B. § 146 StGB). Vgl. Binding, Lehrbuch, Bes. Teil 2. Aufl. Bd. I S. 11 ff.

mit sogenannter „überschießender Innentendenz" anbelangt, so ist geltend gemacht worden,[6]) daß die Absicht deshalb zum Unrecht gehöre, weil sie einerseits nicht zur Schuld i. e. S. geschlagen werden könne, denn der subjektiven Absicht korrespondiere nichts Objektives, was bei Schuld im engeren Sinne, speziell dem Vorsatz als „Herrschaft" über die Tat in ihren objektiv geforderten rechtlich bedeutsamen Qualitäten der Fall ist.[7]) Auch gehöre die Absicht nicht zur Schuld im weiteren Sinne, da sie nicht (?) als besonderes Motiv oder irgendein anderes die Schuld kolorierendes Moment sich darstelle.[8]) Als positives Argument für die genannte Behauptung wird in Anspruch genommen, daß das vielfach verlangte objektive Verhalten allein als „Gesellschaftsinteressen"verletzend nicht in Betracht kommen könne, sondern daß erst die geforderte Absicht eine Bedingung dazu abgebe. Während also der Mangel gesellschaftsschädlichen Charakters des vom Gesetz umschriebenen objektiven Verhaltens bei den genannten Delikten von den Verfechtern subjektiver Rechtswidrigkeitselemente selbst nicht bestritten wird,[9]) muß hier entschieden geleugnet werden, daß die hinzutretende Absicht der Handlung diesen Charakter verleiht. Hegler[10]) versucht diese Behauptung zu stützen, indem er sagt, es liege „auf der Hand", daß „die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache nur durch das Vorhandensein der Absicht rechtswidriger Zueignung Diebstahlsfärbung erhält."[11]) „Das Vorhandensein dieses subjektiven Moments erscheint also als entscheidendes Moment für die Annahme des Vorliegens sozialschädlichen Verhaltens." Den Beweis für die Identität von „Diebstahlsfärbung" — das ist eine richtige Anspielung auf das „Leitbild" Belings — und sozialschädlichem Verhalten schuldet er allerdings noch. Der Hauptgrund aber für das ganz unberechtigte Festhalten an dem subjektiven Unrechtselement der „Absicht" liegt darin, daß entweder mit der Rechtswidrigkeit als Urteil über die Sozialschädlichkeit nicht ernst gemacht wird oder, daß man, um an dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung von Verbrechen und Strafe festhalten zu können, eine Sozialschädlichkeit sieht, wo sie gar nicht vorhanden ist. Das zeigt sich allenthalben, so, wenn Mezger[12]) ausführt, daß eine darauf gerichtete Untersuchung nur dann festen Boden gewinnt, „wenn wir in erster Linie nach subjektiv psychischer Begründung strafrechtlicher Typizität (!) fragen". „Wir fragen also nach den Grenzen von Recht und Unrecht (richtig: von

---

[6]) Vgl. Hegler, ZStW 36, S. 31 ff. und Frank, Festg. I, S. 293. Sauer, Grundlagen, S. 343 ff.; Mezger, GS 89, S. 261.

[7]) Daß die Schuld i. e. S. überhaupt nicht Schuld ist, wenn nicht alle „rechtlich bedeutsamen Qualitäten" objektiv gefordert werden, wenn sich also „das Leitbild" erst mit aus dem subjektiven Tatbestand ergibt, wurde oben S. 44 gezeigt, namentlich an den ganz abwegigen Konsequenzen für die Frage der mittelbaren Täterschaft, vgl. S. 47.

[8]) Hegler, Frank-Festg. a. a. O. spricht hier von „subjektiven Strafbarkeitsbedingungen". Dagegen Mezger, GS 89, S. 262.

[9]) Vgl. insbesondere Mezger, Vom Sinn, S. 22 ff. Hegler, in Frank, Festg. I, S. 277.

[10]) a. a. O., S. 278.

[11]) An sich will Hegler sogar den Diebstahl nicht für einen Fall ansehen, wo subjektive Rechtswidrigkeitsmomente eine Rolle spielen, weil die Wegnahme in Zueignungsabsicht schon Zueignung sei. (?) a. a. O., S. 260.

[12]) GS 89, S. 260.

Verbotensein und Nichtverbotensein!) im Sinne bestimmter strafrechtlicher Tatbestände." Oder:[13]) „Wo freilich die Absicht sich auf einen zum objektiven Tatbestand gehörigen Erfolg bezieht, da gehört sie zur Schuld, nicht zum Unrecht." Gegen letztere Behauptung muß nicht nur eingewendet werden, „daß, den Versuchsfall betrachtet, je nach dem konkreten Ausgang subjektive Momente zur Schuld gehören (bei Vollendung, zu welcher der Erfolg objektiv gefordert ist) oder nicht (beim Versuch, da das zu diesem objektiv Geforderte nur der Anfang zur Ausführung ist, also das Wissen und Wollen des Erfolges . . . überschießt)",[14]) sondern auch, daß diese Unterscheidung nicht auf der verschiedenen „Gesellschaftsschädlichkeit" der inneren Tatbestände beruht. Um sich vor der u. E. richtigen Konsequenz zu retten, daß ein Irrtum die Rechtswidrigkeit ausschließe in Fällen, wo diese durch die Schuld begründet werde, — was grundsätzlich als möglich zugegeben wird — betont Hegler,[15]) man müsse, was Schuld und Absicht betreffe, sofort einen actus contrarius vornehmen und das eben Vereinigte sofort wieder trennen, indem man sagt: „Die Absicht gehört zum Vorsatz, aber nur ein Teil dieses Vorsatzes, die abzutrennende Absicht, begründet die Rechtswidrigkeit". (!) Andernfalls käme man „in Konflikt mit dem Satz: keine Schuld ohne Rechtswidrigkeit". „Wie weicht man diesen Schwierigkeiten aus?" Man mag dies tun, wie man will: mit der Sozialschädlichkeit haben diese Unterscheidungen nicht den geringsten Zusammenhang. — Wenn aber die geforderte Absicht die „Funktion"[16]) habe, die Sozialschädlichkeit zu begründen bzw. ein gewisses Manko an Sozialschädlichkeit zu decken — wie steht es dann mit einem Irrtum bezüglich des objektiv Geforderten? Die Antwort lautet: „Es ist natürlich wegen des Zweck-Mittel-Zusammenhangs des objektiven Geforderten und der Absicht möglich, daß ein Irrtum, betreffend das erstere, die Absicht ausschließt, das ist aber lediglich eine Frage des konkreten Vorliegens oder Nichtvorliegens der Absicht, welche die grundsätzliche Stellung der Absicht nicht berührt."[17]) Demnach wird im konkreten Fall doch die Sozialschädlichkeit durch einen Irrtum ausgeschlossen! Auch scheint uns der Ausweg, den Zimmerl[18]) vorschlägt, nicht gangbar zu sein.[19]) Er verfällt zwar nicht in den Fehler, der Absicht die Schuldqualität abzusprechen, verneint andererseits aber auch ihre Bedeutung für die Rechtswidrigkeitsfrage, die stets nur aus der objektiven Tendenz der Handlung beantwortet werden könne.[20]) Ebenso unzulänglich wie die Begründungen, die die Absicht als subjektives Unrechtselement rechtfertigen sollen, sind auch die, welche für die subjektiven Unrechtselemente bei den Tendenz- und Ausdrucksdelikten angeführt werden. Daß das Sinnerfülltsein der äußeren Handlung deren Sozialschädlichkeit nicht zu begründen oder zu steigern

[13]) a. a. O., S. 261.

[14]) Hegler, Frank Festg. I, S. 293.

[15]) a. a. O., S. 294.

[16]) Hegler, a. a. O., S. 285.

[17]) Hegler, a. a. O., S. 286.

[18]) Zur Lehre, S. 40.

[19]) Dagegen auch Hegler, Frank Festg. I, S. 286, und vor allem Finger, GS 97, S. 385 ff.

[20]) Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, S. 49; ähnlich Sauer, Grundlagen, S. 346.

fähig ist, wird eingehend von Goldschmidt dargelegt, auf dessen Ausführungen[21]) zu verweisen hier genügen mag. Daß die Untersuchungen auch hier nicht auf den Nachweis einer Sozialschädlichkeit, sondern lediglich darauf gerichtet sind, subjektive Elemente für die Verbotsbegründung aufzuzeigen, wird deutlich an den Ausführungen Mezgers, welche lauten: „Vielleicht das unzweifelhafteste Beispiel hierhergehöriger Art ist die „unzüchtige Handlung" . . ., die durch eine bestimmte Willensrichtung des Täters als essentielles Merkmal subjektiv gekennzeichnet wird. Der Täter muß in wollüstiger Absicht gehandelt haben, sonst entfällt nicht nur seine „Schuld", sondern auch sein „Unrecht" im Sinne dieser Bestimmungen."[22]) Damit ist zwar bewiesen, daß beim Mangel der Absicht das Verbot entfällt, aber nicht, daß dadurch die Sozialschädlichkeit ausgeschlossen wird. Ganz deutlich zeigt sich dies auch bei Hegler:[23]) „Die vorhergehenden Ausführungen gingen davon aus, daß bei Wegdenken dieser subjektiven Momente die Rechtswidrigkeit, Sozialschädlichkeit (!) des Verhaltens überhaupt . . . entfalle . . ., daß die Hinzunahme derselben daher geboten (!) erscheine, also es sich hier um subjektive Unrechtselemente handle. Geboten erscheine, weil die Tat doch Verbrechen . . . sei, ohne Rechtswidrigkeit der Tat es aber keine Schuld, kein Verbrechen, keine Strafe gebe."

Wenn vorhin betont wurde, daß die bekämpfte Lehre auf dem Rückzuge befindlich sei, zielt dies ab auf das Zugeständnis Mezgers[24]) „daß in der maßgebenden subjektiven Einstellung überall zugleich ein Schuldbestandteil zu erblicken ist."[24a]) Dagegen wendet sich Hegler,[25]) indem er sagt, daß die in Frage stehenden subjektiven Momente weder ein Teil des Vorsatzes sein könnten, noch ein zum Vorsatz hinzutretendes Element, welches der Schuld eine besondere Färbung gebe. Doch wird,

---

[21]) Norm. Schuldbegriff, S. 459—463.

[22]) GS 89, S. 261.

[23]) Frank Festg. I, S. 298.

[24]) Vom Sinn, S. 23; Lehrbuch, § 20, S. 171/2.

[24a]) Ebenso neuerdings Sieverts, S. 176 ff.; nur soweit sie Schuldbestandteil ist, sei § 59 StGB anwendbar. Doch beruht auch hier seine Ansicht auf der u. E. unrichtigen Unterstellung, daß bei Vorliegen einer bösen Absicht die Schädlichkeit der Handlung gefördert werde. Die Schädlichkeit wird indessen gefördert nicht, *weil* man diese Absicht *hat*, sondern: *insoweit* man sie tatsächlich *verwirklicht*. Es müßte dann ja auch eine gute Absicht schädlichkeitshindernd wirken. Das lehnt Sieverts in seinem zweiten Beispiel, a. a. O., selbst ab. Auch sein erstes Beispiel hätte u. E. anders entschieden werden müssen: wenn die Absicht zum Tatbestand gehört und vorhanden ist, kann nicht „Mangel am Tatbestand" vorliegen, weil objektiv eine relevante Einwilligung gegeben ist. Daß z. B. das Vorhandensein eines Rechts- oder Verbotsirrtums, welches die Zurechnung zur Schuld ausschließt, die „Absicht" nicht hindert, Unrechtsbestandteil zu sein, leuchtet ein, sofern überhaupt das einfache Wollen oder Beabsichtigen des in seinen tatsächlichen Merkmalen vorgestellten Erfolges unrechtsbedeutsam ist. Gerade hierfür ist Sieverts aber den Beweis schuldig geblieben. Hinsichtlich der auch von ihm angeführten Versuchsfälle ergäbe sich, daß das einfache Wollen des sich objektiv als rechtswidrig darstellenden Erfolges den rechtsgutverletzenden Charakter der Handlung erhöhe. Das hatte sogar Mezger abgelehnt. Vgl. auch S. 103 zu Anm. 14. Wie stellt sich im übrigen Sieverts die Schuldbezogenheit dieses Unrechtselementes vor? Vgl. dazu S. 79, Anm. 7.

[25]) a. a. O., S. 294—296.

wie bereits betont, keineswegs die Zugehörigkeit zur Rechtswidrigkeit begründet aus Erwägungen über die Sozialschädlichkeit, sondern es werden lediglich die Folgen bemängelt: gegen die erste Alternative wird ausgeführt, daß dann „wieder die . . . Schwierigkeiten aus der Einheit und Ganzheit des Vorsatzes, der die Rechtswidrigkeit begründen soll, entstehen." „Begründet d e r Vorsatz die Rechtswidrigkeit, dann ist diese ausgeschlossen, wenn der Vorsatz wegen Irrtums über objektiv geforderte und objektiv gegebene Momente nicht vorhanden ist . . ."[26]) „Außerdem kommt man . . . in Konflikt mit dem Satz: Keine Schuld ohne Rechtswidrigkeit."[27]) Gegen die zweite Alternative wird geltend gemacht: wo die Gesellschaftsschädlichkeit durch diese subjektiven Momente bedingt ist, „können diese subjektiven Momente nicht als solche „subjektiven Strafbarkeitsbedingungen" in Betracht kommen, weil (!) diese — wie die Schuld überhaupt — die Rechtswidrigkeit vorausfetzen, die durch diese subjektiven Momente doch erst begründet wird".[28]) Ein diesbezüglicher Nachweis wird aber nirgends erbracht. Hegler sagt weiter, von der Goldschmidtschen Theorie der Pflichtnormen aus „muß die Kategorie der „subjektiven Unrechtselemente" natürlich abgelehnt werden",[29]) — was indessen keineswegs natürlich wäre, wenn der Nachweis gelungen ist, daß die subjektiven Unrechtselemente Elemente der Sozialschädlichkeit sind. Mit dieser Bemerkung hat sich die ganze Lehre selbst aufgegeben: als Substratwidrigkeitselemente würden sie von den Pflichtnormen gar nicht erfaßt werden können.[30])

Demnach bleibt es dabei, daß „so wenig beim Versuch der Vollendungsvorsatz, dem nichts Objektives entspricht, aufhört, Schuld zu sein, so wenig die „Absicht" bei den Absichtsdelikten."[31]) „Soweit die angeblichen subjektiven Unrechtselemente besondere Tatbestandsmerkmale sind, wie . . . die unzüchtige Absicht, Eigennutz oder Gewinnsucht als Triebfeder der Begehung, Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit der Begehung, Böswilligkeit oder Bosheit, sind sie, wie der Beweggrund der Not in §§ 248a, 264a StGB, wie die Ueberlegung in § 211 StGB, die ehrlose Gesinnung in § 20 StGB, besondere Schuldmerkmale. Alle enthalten besondere an die Motivationslage gestellte Anforderungen, deren Erfüllung bald strafbegründende, bald strafverschärfende, bald strafmildernde Bedeutung hat.[32])

Ueber die dritte der von uns genannten Gruppen, wo subjektive Unrechtsmerkmale eine Rolle spielen könnten, besitzen wir die feine Studie von Thierfelder,[33]) die uns gleichzeitig für eine eigene Stellungnahme den

---

[26]) Hegler, a. a. O., S. 294.

[27]) a. a. O., S. 295.

[28]) Hegler, a. a. O., S. 297.

[29]) a. a. O., S. 299; ebenso Mezger, Lehrbuch, S. 170: „Das Problem verliert seinen Problemcharakter, wo man den Unterschied von Unrecht und Schuld leugnet."

[30]) Wir sind deshalb ohne genauere Prüfung geneigt, anzunehmen, daß es sich stets in den Fällen um subjektive Rechtswidrigkeit handelt, wo die h. L. subjektive Unrechtselemente annimmt.

[31]) Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 462.

[32]) Goldschmidt, a. a. O., S. 461.

[33]) Objektiv gefaßte Schuldmerkmale in Strafr. Abh. Bd. 71, Heft 308.

Weg weist. Wenn wir sagen: eine Rolle spielen k ö n n t e n, tun wir das mit Rücksicht auf die Behauptung,[34]) daß angeblich die Untersuchungen über subjektive Unrechtselemente nur dann einen festen Boden gewinnen, „wenn wir in erster Linie nach subjektiv-psychischer Begründung strafrechtlicher Typizität fragen", d. h. aber für die subjektiven Unrechtsausschließungsgründe — dieser Ausdruck wird unkorrekt für Fälle der Voraussetzung subjektiver Elemente für den Unrechtsausschluß (negatio negationis) verwendet —[35]) also Gründe für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch besonders geartete psychische Merkmale: sie gewinnen nur dann festen Boden, wenn wir in erster Linie nach subjektiv-psychischem Ausschluß strafrechtlicher Typizität fragen. Dieser Ausschluß strafrechtlicher Typizität durch „rein"[36]) subjektiv-psychische Momente ist — inkonsequent genug — noch nie einer Erörterung zugänglich gemacht worden, die subjektive Unrechtselemente zum Gegenstand hat. Vor allem hat Thierfelder Fälle hierhergehöriger Art einer Würdigung unterzogen, die allein für zutreffend erachtet werden kann und die auch für die Fälle subjektiver Unrechtsbegründung oder -mitbegründung allein maßgeblich sein kann, was aber bisher für die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen vermißt worden ist: wir müssen „im Gebiet des tatunwert-bedeutsamen gesetzlichen Materials unter Wertgesichtspunkten scheiden. Wir müssen unterscheiden, welche Teile dem Schuld-, welche dem Unrechtsgebiet zufallen."[37]) „M. a. W., wir werden festzustellen haben, worauf es beruht, wenn das Gesetz bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandsmerkmals zur Frage der Strafbarkeit eine andere Stellungnahme einnimmt, als wenn das Merkmal fehlt; ob das darauf beruht, daß das Gesetz die Sozialschädlichkeit der Tat unter Hinzunahme des betreffenden Tatbestandsmerkmals anders bewertet als ohne dasselbe, oder darauf, daß das Gesetz nur das Verhältnis des Täters zur sozialschädlichen Tat anders beurteilt."[38]) Von seinem Ausgangspunkt aus, der sich von dem soeben wiedergegebenen Thierfelders stark unterscheidet, hätte Mezger folgerichtig auch die Fälle mit „objektiv gefaßten Schuldmerkmalen" zu den subjektiven Unrechtsausschließungselementen zählen müssen; es ergibt sich aber auch von dem richtigen Ausgangspunkt aus die Unhaltbarkeit des Standpunkts, daß bei Hinzutreten einer Absicht z. B. eine an sich rechtlich irrelevante Handlung nur wegen des Bestehens der Absicht, also auch, wenn ihre Verwirklichung gar nicht möglich ist, plötzlich sozialschädlich werden soll, insbesondere, daß die bestehende Absicht hinsichtlich ihrer Eigenschaft als Element der Sozialschädlichkeit eine verschiedene Bedeutung haben soll, je nachdem, ob das Gesetz das Objekt der Absicht in den Tatbestand als objektives Erfordernis aufgenommen hat oder nicht, wie es gegenüber den Versuchsfällen gelehrt wird.[39])

Wenn wir aber das gesetzliche Material, welches subjektive und objektive Momente ungeschieden für die Strafbarkeit heranzieht, teleologisch gliedern, wie Thierfelder es für die Fälle der §§ 88, 108, 148, 157

[34]) Mezger, GS 89, S. 260.
[35]) z. B. Mezger, Lehrbuch, S. 169 u. 173 und in GS 89, S. 270.
[36]) im Anschluß an die Systematik von Mezger, GS 89, S. 266.
[37]) Thierfelder, S. 52.
[38]) Thierfelder, S. 53.
[39]) Der Inhalt der Bestimmungsnorm soll also abhängig sein vom Zeitpunkt der Vollendung!

u. a. getan hat, so bedeutet das nichts anderes, als die Strafwürdigkeitskomponenten, als deren letzte Abstraktionen sich die Kategorien Schuld und (objektive) Rechtswidrigkeit darstellen, ausfindig zu machen, wofür die subjektive Rechtswidrigkeit jedenfalls dann untauglich ist, wenn sie neben der Schuld anerkannt wird, was zwar, wie oben dargelegt, möglich, aber eben wegen des ebenfalls dargelegten Mangels der subjektiven Rechtswidrigkeit, ein Werturteil zu sein, falsch ist.[40]) Die Bedeutung der Anerkennung einer subjektiven Rechtswidrigkeit liegt gar nicht darin, ein von Schuld und objektiver Rechtswidrigkeit inhaltlich verschiedenes Werturteil in das System einzufügen, — wäre doch dann auch die Einführung eines neuen Wertsubstrats erforderlich, um dessen Herausarbeitung man sich vergeblich bemühen wird —[41]) sondern darin, die Schuld von der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit zu befreien. Die subjektive Rechtswidrigkeit bedeutet daher vor allem eine Abkehr von der Auffassung: keine Schuld ohne Unrecht, die eben dem liberalen Gedanken entspricht, daß das Recht nur Rechtsgüterschutzfunktion ausübe, daß das Unrecht dementsprechend sich gegen Rechtsgüter, gegen garantierte Interessen des Individuums richte und daß ferner die Schuld nur die Modalität begangenen Unrechts, einer Rechtsgüterverletzung sein könne. Die subjektive Rechtswidrigkeit bricht dadurch mit der bislang herrschenden Anschauung von der Verschiedenartigkeit rechtlicher und sittlicher Wertung. Die Kennzeichnung des materiellen Wesens des Unrechts als Sozialschädlichkeit, als Rechtsgüterverletzung verdient dann allerdings die Würdigung, die ihr Wegner hat zuteil werden lassen: „Inzwischen sind ihre Bedenklichkeiten immer mehr an den Tag gekommen: die Veräußerlichung des Strafrechts zur défense sociale in einem letzthin sehr unvolkstümlichen und das eigentliche Menschentum aufhebenden Sinne, die Verflachung des Staatsgedankens zu bloßem Gesellschaftsdenken. Die Vertreter der Imperativentheorien . . . haben alle viel mehr Einsicht in die von einzelmenschlichem Vernünfteln gar nicht zu fassende Wirklichkeit des Staates, des wahren Staates, der etwas ganz anderes ist als organisierte Gesellschaft."[42]) Ganz anders, wenn man von einer „Rechtswidrigkeit" ausgeht, die sich von dem Gedanken der Sozialschädlichkeit als dem materialen Wesen des Unrechts überhaupt frei macht, um die Sozialschädlichkeit der Handlung nicht als Voraussetzung ihrer Rechtserheblichkeit *überhaupt* anzusehen,[43]) sondern dieselbe lediglich als ein Moment zu behandeln, dessen Vorliegen die Strafwürdigkeit steigert. Wenn wir so aus dem Gesamtunwert der Tat Schuld und Rechtswidrikeit als Unwertelemente ausgliedern und sie als Strafwürdigkeitskomponenten ansehen, behalten die Erörterungen über das „materielle Wesen des Rechts" ihren unverkennbaren Wert;[44]) in *diesem* Sinne von der Sozialschädlichkeit einer strafbaren Handlung Abstand zu nehmen, dürfte u. E. kaum für ein Strafrechtssystem von Vorteil sein.

Die Vornahme einer so durchzuführenden teleologischen Zerlegung des gesetzlichen Materials in Elemente, auf die entweder die Schuldwertung oder die Unrechtswertung Bezug nimmt, bestätigt u. E. die

[40]) Zimmerl, Aufbau, S. 28 daher unrichtig.
[41]) Vgl. auch Eric Wolf, Strafr. Schuldlehre, I. Teil, S. 132.
[42]) Wegner, JW 1931, S. 2777.
[43]) Vgl. Berges, in Dtsch. Strafr. 1934, S. 240/1.
[44]) Vgl. Sauer, Ethisierung, S. 187, 190.

Belingsche Lehre, daß der objektive Tatbestand das Substrat der Unrechtswertung, der subjektive das Substrat der Schuldwertung ist.[45]) Jedenfalls ist, wie wir darzustellen versuchten, der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen der Nachweis noch nicht gelungen, daß Täterpsychisches zum Unrecht gehört, obgleich wir grundsätzlich anerkennen müssen: „Sachliche Betrachtung und Bewertung und persönliche Betrachtung und Bewertung ist . . . nicht identisch mit dem Gegensatz außenweltwirklicher und innenweltwirklicher Momente." „Es müßte schon . . . von vornherein stutzig machen, daß für die wertende, normative Betrachtung der Rechtsordnung ein solch rein „naturalistischer", dem Seinsgebiet angehöriger Gegensatz maßgeblich sein soll."[46]) Doch besteht jene Identität zunächst noch, soweit die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen abgelehnt werden muß.[47]) Aber auch die Lehre von den objektiv gefaßten Schuldmerkmalen hat diese Identität noch nicht zerstört. Gegen die „begleitenden Umstände" Franks[48]) wandte sich Kriegsmann,[49]) indem er betonte, dieselben könnten nur in ihrer subjektiven Abspiegelung in Betracht kommen, woraufhin Frank seine Lehre dahingehend modifizierte.[50]) Aber soweit auch das Gesetz objektive Merkmale aufstellt, die wohl regelmäßig auf die Täterpsyche kausal wirken, dies aber in concreto nicht zu tun brauchen,[51]) wäre die Behauptung unrichtig, daß hier objektive Merkmale zur Schuld gehörten; denn hier handelt es sich nicht um tatsächliche, sondern nur um „präsumptive Schuldumstände".[52])

Von dieser Perspektive aus muß es auch als gänzlich abwegig erscheinen, die Antithese vom Recht als einem Komplex von Bewertungs- oder Bestimmungsnormen insbesondere für das Strafrecht zu verwerten, wenn und *weil* damit gemeint ist, daß die „objektive Lebensordnung" die Domäne der Bewertungsnormen, die Schuld diejenige der Bestimmungsnormen ist. Wenn das Strafrecht ein Komplex von Bestimmungsnormen wäre, würde alles das als Unrecht bezeichnet werden müssen, was den Imperativen, denjenigen bezüglich objektiven und den bezüglich psychischen Verhaltens (die ersteren werden vollends übersehen, nur nicht von Thon, daher unrichtig Nagler, Der heutg. Stand d. Lehre v. d. Rechtsw. S. 336) widerspricht. Davon aber kann keine Rede sein. So wenig aber die Bestimmungsnorm, wenn überhaupt, *nur* für die subjektive Seite erheblich ist, ist es die Bewertungsnorm ausschließlich für die objektive. Die hier abgelehnte Auffassung beruht eben ganz auf dem Rechtsgüterschutz-

---

[45]) Beling, Methodik, S. 67 u. Lehre v. Tatbestand, S. 12.

[46]) Hegler, Frank Festg. I, S. 304.

[47]) „In der Tatbestandslehre wirkt sie wie auflösend und bringt durch theoretisierendes Ueberbetonen manche unnütze Verwirrung in den bisherigen Aufbau. In der allgemeinen Unrechts- und Schuldlehre führt sie nicht genug in die Tiefe. Wegner, JW 1931, S. 2777.

[48]) Aufbau des Schuldbegriffs, S. 19.

[49]) ZStW 28, S. 714.

[50]) z. B. Komm. 10. Aufl. II vor § 51.

[51]) Vgl. z. B. § 217 StGB „in oder gleich nach der Geburt".

[52]) Daniel, der Irrtum über Strafminderungsumstände, S. 46; ebenso Martens, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, StrAbh. Heft 246, S. 23. Gegen ihn im einzelnen Wegner, JW 1931, S. 2776 ff. Vgl. auch Hegler, Frank Festg. I, S. 253, der daselbst Anm. 3 von „symptomatischen objektiven Schuldmerkmalen" spricht.

gedanken, der das Wesen des Rechts ausmachen soll, sonst hätte man die Rechtswertung nicht auf die objektive Lebensordnung beschränken können. Demnach wäre das Schuldurteil also überhaupt kein Werturteil![53]) Dazu ist zu sagen: solange es ein Strafrecht gibt, war es für eine rein juristische Betrachtung ein Komplex von Bewertungsnormen und wird es ein solcher auch immer bleiben.[54])[55]) Der Imperativ, du sollst dich dem Einfluß der Bestimmungsnorm nicht entziehen! ist nicht Inhalt, sondern Voraussetzung rein juristischer Strafrechtsbetrachtung,[56]) denn letztere hat es nur mit der „Vorwerfbarkeit" des Sich-nicht-bestimmenlassens zu tun, d. h. mit der Frage nach dem „inwieweit" bestimmen lassen.[57]) Die für die subjektive Seite erhebliche Bestimmungsnorm hat also nur die Bedeutung, daß der Widerspruch zu ihr die Bildung eines Tatbestands ermöglicht, auf den sich die Schuldwertung bezieht, genau so, wie eine Rechtsgüterverletzung, der Widerspruch gegen die objektiven adresselosen (?) Imperative, nicht den Inhalt, sondern eine Voraussetzung für das Rechtswidrigkeitsurteil darstellt; denn rechtswidrig ist nur das, was nicht mit dem „kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung" in Einklang steht.

---

[53]) So in der Tat bei v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl. § 36 III 2, S. 224, der sich deshalb irrigerweise mit Goldschmidt einig glaubt. „Als Pflicht tritt das Recht in seiner Funktion als Bestimmungsgrund nur solange und insoweit auf, als mit Rücksicht auf die menschliche Natur ein Sich-richten möglich ist." „Wo jegliche Möglichkeit, sich nach der Norm zu richten, fehlt, da entfällt das Sollen, entfällt die Pflicht, hat es keinen Sinn, mit einem Bestimmen zu rechnen." Daß die Pflicht am Können ihre Grenzen hätte, muß ganz entschieden bestritten werden; es entfällt bei Nichtkönnen nur der Vorwurf. „Soll" der X sein Abiturium nicht machen, weil er nicht „kann"?

[54]) Deshalb war — wie von Weber, Das Notstandsproblem, S. 8, 9 richtig erkannt hat — für die normative Schuldlehre, die Lehre von der Zumutbarkeit, das Kernproblem, welche Umstände die Zumutbarkeit ausschließen. „Die Antwort hätte nur in einer Bestimmung dieser Begriffe (Not, Gefahr usw.) nach tatsächlichen Merkmalen liegen können." Vgl. auch Grünhut, ZStW 50, 1930, S. 316. Denn die Behauptung, daß den Entschuldigungsgründen ein normatives Schuldelement entsprechen müsse, beruhte lediglich auf einer analytischen Betrachtung des Schuldbegriffs, die Wertungsfrage blieb zunächst offen. Was hier allerdings geleistet worden ist, war in der Tat oft „für das Menschlich-Allzumenschliche" präpariert. (Schumacher, Um das Wesen, Hamburg, 1927 S. 40). Die Beispiele von Nichtzumutbarkeit bei Freudenthal (Schuld u. Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922: der Fall Klapperstorch und Geschäftsreisender) deutet durchaus auf den Anfang „einer anarchistischen Leugnung der Strafrechtspflege" hin. (Kohlrausch, Reform, 1926 S. 26.) Durch die Ethisierung der Schuld nur nach der negativen Seite (dagegen Klee, ArchRuWPhil. 10, S. 184 und Schumacher a. a. O., S. 45) würde jede Strafbestimmung mit einem Anhängsel versehen, welches Schuhmacher (S. 32) treffend als „Generalklausel menschlicher Schwäche" bezeichnet. Das darf uns darüber aber nicht hinwegtäuschen, daß das Schuldurteil eine Frage der Zumutbarkeit auch dann bleibt, wenn wir nur den gesetzlichen Notstand als Fall der Nichtzumutbarkeit ansehen.

[55]) Zustimmend Sieverts, S. 98; vgl. auch Sauer, Ethisierung, S. 179.

[56]) Genau so, wie das Kausalurteil Voraussetzung für die Wertungsfrage (!) der Haftungsbegrenzung ist.

[57]) Die Normen, welche über die letztere Frage etwas aussagen, nennt Goldschmidt „Pflichtnormen", wir nannten sie „subjektive Anforderungen". Die Thonschen Imperative dagegen sind Bestimmungsnormen.

§ 12. Die Auswirkungen einer subjektiven Rechtswidrigkeit auf dem Gebiete der Notwehr, der Teilnahme, des Sicherungsrechts und für diejenigen Fälle, in denen eine strafbare Handlung Tatbestandsmerkmal einer andern ist.

Schließlich seien noch einige Auswirkungen der Anerkennung einer subjektiven Rechtswidrigkeit erwähnt, die unsere Behauptung zu unterstützen geeignet sind, daß für das geltende Recht die subjektive Rechtswidrigkeit eine Ausnahme ist, und welche ersichtlich machen, daß eine konsequent durchgeführte subjektive Rechtswidrigkeit vielmehr ganz neue Grundlagen für das Gebiet der Notwehr und der Teilnahme erforderlich macht, ferner, daß für gewisse Tatbestände, in denen eine strafbare Handlung Tatbestandsmerkmal ist, genauer Untersuchung bedarf, ob eine „bloß" pflichtwidrige Betätigung den Tatbestand schon erfüllt, und schließlich, daß das gesamte Sicherungsrecht sich der Einordnung in ein solches subjektives System entzieht. —

a) Notwehr.

Was die Notwehr anbetrifft, so ist oben schon ausgeführt worden, daß die „Rechtswidrigkeit" als Strafwürdigkeitskomponente begrifflich eine Verwertungsmöglichkeit für die Angreiferseite der Notwehr ausschließt.[1]) Die Verquickung des Merkmals „rechtswidriger Angriff" mit Gedankengängen über den strafbaren Versuch bedeutet schon in methodischer Hinsicht einen Fehlgriff. Man darf nicht übersehen, daß das Strafrecht sich ja nur für die Abwehrhandlung und dies in der Weise interessiert, daß es die Voraussetzungen ihrer Strafwürdigkeit oder deren Ausschluß festlegt. Das Wort „rechtswidrig" in Verbindung mit dem „Angriff" deutet keineswegs darauf hin, daß hier irgendwelchen Anforderungen widersprochen ist — wäre doch sonst „Notwehr" gegen Tiere und Sachen ausgeschlossen — noch deutet es Beziehungen zur Strafwürdigkeit des Verhaltens an, sondern unter „rechtswidrig ist hier lediglich zu verstehen, was wir als substratwidrig bezeichnet haben: der Mangel eines Zustandes rechtlichen Geordnetseins. Sehr richtig bemerkt daher Gemmingen:[2]) „Die Rechtswidrigkeit des Notwehrangriffs steht eben teleologisch gesehen auf einem ganz anderen Brett als die Rechtswidrigkeit des Verbrechens".[3])

---

[1]) Daher unrichtig Berges, Der gegenwärtige Stand, Anm. 192.

[2]) Die Erfassung, S. 113.

[3]) Für eine spezielle Ausgestaltung des Rechtswidrigkeitsbegriffs bei der Notwehr auch Berges, Dtsch. Strafr. 1934, S. 241.

b) Die Teilnahme.

Vom Standpunkt einer subjektiven Rechtswidrigkeit bedarf ferner die Akzessorietät der Teilnahme einer neuen Grundlegung. Die Akzessorietät[4]) besagt für das geltende Recht soviel, daß die Strafbarkeit der Teilnahme von einer Haupttat abhängig ist, die nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft begangen sein muß. Damit behandelt das geltende Recht die Teilnahme nicht als Strafeinschränkungsgrund, sondern als Strafausdehnungsgrund, indem es sich von der Anschauung abwendet, daß jeder, der durch Setzen einer Bedingung an dem eingetretenen Erfolg teil hat, wegen der kausalen Bedeutung seines Handelns als Täter anzusehen ist.[5]) „Diese Verselbständigung der Teilnahme" — wir finden sie z. B. in § 58 des norwegischen Strafgesetzbuches von 1902[6]) — „bricht — und darin liegt ihre dogmatische Bedeutung — mit der Auffassung der Teilnahme als einer akzessorischen Schuldform; die „Teilnahme" wird zur Begehung".[7]) Letztere Auffassung, die, wie gesagt, nicht die des geltenden Rechts ist, würde aber auch allein einem konsequent durchgeführten subjektiven System entsprechen, nicht, weil man den Teilnehmer als Verursacher ansieht und so eine rechtliche Wertung der vom logisch-erkenntnistheoretischen Standpunkt aus gleichwertigen Bedingungen verwirft, sondern weil es eben, wie bei der Täterschaft in einem subjektiven System auf die Verursachung gar nicht ankommt, jedenfalls dann nicht, wenn man die Subjektivierung nicht nur für die Haupttat in Anspruch nimmt, sondern auch für die Teilnahmehandlung. Im einzelnen ergibt sich hierbei folgendes:[8]) Zunächst kann die Haupthandlung subjektiviert werden, d. h. sie kann einer objektiven Rechtswidrigkeit entbehren und sich lediglich als pflichtwidrige Betätigung darstellen, wodurch für die Teilnahme noch eine, wenn allerdings auch „limitierte"[9]) Akzessorietät gewahrt bleibt. Die Anstiftung würde also z. B. mit dem Moment strafbar werden, wo der Haupttäter seinen Vorsatz betätigt, einen Menschen zu töten, mag sich die Tötungshandlung auch als gänzlich untauglicher Versuch darstellen. Das gleiche müßte aber auch für die Beihilfe gelten. Daß in der Subjektivierung der Haupttat schwere Mängel liegen, ist nicht schwer nachzuweisen. Irrt z. B. der Haupttäter über die Menschqualität dessen, auf das er einen

---

[4]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 451, hält ihre Anerkennung „für vollständig verfehlt".

[5]) Auf diesem Standpunkt steht aber das Sklavenraubgesetz von 1895 §§ 1, 2 und das Auswanderungsgesetz von 1897, §§ 45, 48, II. Denselben Standpunkt teilt schließlich auch § 830 BGB.

[6]) siehe v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl., § 47, S. 320, Anm. 2.

[7]) v. Dohnanyi, Das kommende Strafrecht, 1934, S. 74.

[8]) Wir verzichten bewußt auf eine erschöpfende Darlegung einer nach dem subjektiven System durchgeführten Teilnahmelehre, da ohne weiteres ersichtlich ist, daß sie die Strafbarkeit viel zu weit ausdehnen würde. Mit Recht betont Mezger, Lehrb. § 63 S. 447, „daß es sich gerade in der Teilnahmelehre um eine durchaus positiv-rechtliche Materie handelt", daß sich also kein Strafgesetz ganz konsequent den Kausalitätsstandpunkt oder den der Akzessorietät zu eigen machen wird, zumal die Akzessorietät auch verschieden denkbar ist (vgl. Wegner, Reform 1926, S. 111 ff. und Reichle, Strafr.Abh. 66, S. 26; vgl. auch v. Liszt-Schmidt, § 47, I, S. 321/22).

[9]) Bei der „limitierten" Akzessorietät des § 4 JGG von 1923 handelt es sich gerade um den umgekehrten Fall.

Schuß abgibt, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so ist die Haupttat rechtlich irrelevant, fällt in den rechtsleeren Raum; da es hier an einer Haupttat fehlt, ist weder Beihilfe noch Anstiftung möglich. Vielmehr wird das, was Teilnahme wäre, wenn der Haupttäter pflichtwidrig handelte, selbst zur eigentlichen Haupttat. Durch die Subjektivierung der Haupttat wird also entgegen der sonst hervortretenden Tendenz einer subjektiven Rechtswidrigkeit die Strafbarkeit nicht erweitert, sondern eingeschränkt. — Die Durchführung einer subjektiven Rechtswidrigkeit in reiner Form müßte aber auch die Teilnahmehandlung selbst subjektivieren, d. h. es könnte nicht mehr darauf ankommen, was der Teilnehmer tut, sondern auf das, was er zu tun glaubt. Er wäre z. B. demnach Anstifter, wenn er anstiften will, der Haupttäter aber das Ansinnen ablehnt, oder ohnehin schon bereit ist, die Tat zu begehen, m. a. W. wenn es an der Kausalität fehlt.[10]) Ferner käme es für die Strafbarkeit des Teilnehmers auch nicht darauf an, wie der Haupttäter sich die Tat vorstellt, sondern es ist die darauf bezügliche Ansicht des Teilnehmers maßgebend. Schließlich ist überhaupt die ganze Frage, ob der „Teilnehmer" überhaupt Teilnehmer ist, davon abhängig, was der „Teilnehmer" will. Glaubt er z. B. die Tat selbst auszuführen, ist er Täter, will er nur unterstützen, ist er nur Gehilfe; glaubt er wiederum, der Haupttäter handle schuldlos ohne Voraussicht des Erfolges, so ist er Täter, auch wenn er nur die Tat veranlaßt oder unterstützt und deshalb das vermeintliche Werkzeug ebenfalls wirklicher Täter ist. Ja, es müßte sogar strafbare Teilnahme angenommen werden, wenn die Haupttat gar nicht vorhanden oder strafbar ist, der Teilnehmer aber irrig annimmt, eine Haupttat zu unterstützen oder an einer Handlung beteiligt zu sein, die (wirklich) strafbar ist.[11])

Anhang: Zur Reform.

Da das Willensstrafrecht von der erhöhten Verantwortlichkeit jedes Gemeinschaftsgliedes für sein Tun und Lassen der Gemeinschaft gegenüber ausgeht, kann es nicht wundernehmen, daß die Reform grundsätzlich auf dem extensiven Täterbegriff aufbaut mit der Wirkung, daß jeder, der bei der Tat mitwirkt, eine Bedingung zum Erfolg setzt, als Mitverursacher dem gleichen Strafrahmen unterliegt. (Vgl. Dohnanyi, in Das komm. Dtsch. Strafr. Allg. Teil, S. 73—76). Der Mitwirkungsbegriff paßt besser in den Gesamtrahmen eines Strafrechts, in welchem Versuch und Vollendung mit der gleichen Strafe belegt sind, ohne daß behauptet werden könnte, die Folgerichtigkeit seiner Anerkennung ergebe sich notwendig oder lediglich aus dem Willensstrafrecht. (Klee, in Dtsch. Strafr. 1934, S. 191). — Die Frage nach dem Grunde der Strafbarkeit der „Teilnahme" ist damit erledigt, und es kann sich demgemäß höchstens noch um die Frage vorzunehmender Modifizierung handeln. (Der Wegfall der Teilnahmeformen wird insbesondere begrüßt von Gerland, in Dtsch. Justiz, 1934, S. 228; zustimmend auch Noack, Dtsch. Recht 1934, S. 50/1). Eine solche ist für die Beihilfe in Form einer fakultativen Strafmilderung vorgesehen (vgl. Dohnanyi, a. a. O., S. 77/8; auch Sauer betont, (Dtsch. Strafr. 1934, S. 186 und

[10]) Die „erfolglose" Anstiftung ist bekanntlich in gewissen Fällen schon nach geltendem Recht strafbar: StGB §§ 49a, 85, 111, 141, 159, 357. MStG §§ 99, 100, 110, 116, 149. Ebenso die „erfolglose" Beihilfe. StGB §§ 141, 347.

[11]) v. Gemmingen, Erfassung, S. 114, spricht hier von „Putativteilnahme".

DJZ 1933, S. 1465), daß bei der Beihilfe wegen verminderter Tätigkeit, geringerer Gefährlichkeit, regelmäßig auch wegen eines geringeren Maßes an verbrecherischer Energie eine Minderbestrafung offengelassen werden müßte; dies im Gegensatz zur Anstiftung. (Zustimmend Kempermann, DJZ 1934, S. 788; abw. Ansicht Finger, GS 104, a. a. O. und Mezger, in DJZ 1934, S. 102; gegen Finger: Klee, Dtsch. Strafr. 1934, S. 192).

In weiser Zurückhaltung, von einer „doktrinären Ueberspitzung der Idee des Willensstrafrechts" (vgl. auch Mezger, in DJZ 1934, S. 104; Freisler, Dtsch. Justiz, 1934, S. 473; Ebert, daselbst, S. 485) weit entfernt, sollen rücksichtlich der Fälle wissentlicher Ueberschreitung der Gehilfentätigkeit einerseits, der Fälle irrtümlicher Annahme der Gehilfenqualität unter Ausführung von Täterhandlungen andererseits für die Beihilfe subjektive und objektive Momente maßgeblich sein. (Ebenso Mezger, DJZ 1934, S. 103, insbesondere unter dem Hinweis, daß die objektive Mitwirkung einen „gesunden Maßstab für die Intensität des verbrecherischen Willens" abgebe.)

Als Ausfluß eines extensiven Täterbegriffs, aber mit Rücksicht auf ein begrenztes Strafbedürfnis ist die Akzessorietät der Teilnahme zwar nicht beseitigt, wohl aber beschränkt, und zwar in der Weise, daß hinsichtlich der Beihilfe eine „objektiv rechtswidrige" Haupttat genügt, d. h. also eine „rechtswidrige" Handlung im alten Sinne. (Vgl. Dohnany, a. a. O., S. 80; auch Gemmingen, Erfassung, S. 114). Die in dieser Weise limitierte Akzessorietät bleibt aber für die Fälle der Anstiftung auf weniger schwere Straftaten beschränkt. Für die Beihilfe und die soeben genannten Fälle der Anstiftung bedeutet also die Akzessorietät weder eine Bindung an eine schuldhaft begangene Haupttat, da objektive Rechtswidrigkeit genügt, noch eine Bindung an eine im herkömmlichen Sinne rechtswidrige Handlung, da die Teilnahme schon strafbar sein soll, wenn die Haupttat nur „unternommen" wurde, also objektiver Rechtswidrigkeit entbehrt (vgl. Gemmingen, a. a. O.; Dohnanyi, a. a. O., S. 78/79).

Für besonders schwere Fälle ist die Akzessorietät der Anstiftung ganz aufgegeben, so daß hier also schon das (erfolglose) „Unternehmen" bestraft wird. (Vgl. Dohnanyi, a. a. O., S. 79). — Der in dieser Regelung zum Ausdruck gelangende „Mut zur Inkonsequenz" findet berechtigte Anerkennung bei Klee (in DJZ 1934, S. 1304; vgl. auch Gemmingen, a. a. O.).

Rücksichtlich der Zugrundelegung des extensiven Täterschaftsbegriffs wird die mittelbare Täterschaft überflüssig (vgl. Dohnanyi, a. a. O., S. 82).

c) Eine strafbare Handlung als Tatbestandsmerkmal einer anderen.

In den Straftatbeständen, in welchen der Tatbestand eines anderen Verbrechens Tatbestandsmerkmal ist, muß geprüft werden, ob die untaugliche, aber strafbare Handlung das Merkmal erfüllt. „In all diesen Fällen muß nach dem jeweiligen Zweck jener Strafbestimmungen geforscht werden. Nur aus ihm heraus ist eine sinnvolle Auslegung möglich."[12]) So lautet etwa die Frage bei § 139 StGB dahin, ob die Nichtanzeige strafbar ist, wenn der Kenntnisnehmer vom Vorhaben eines untauglichen Ver-

[12]) v. Gemmingen, a. a. O., S. 115.

suchs weiß. Zwar ergibt sich als Zweck der Anzeigepflicht die Verhütung von Verbrechen,[13]) weshalb ein gänzlich untauglicher Versuch insofern nicht für die Anwendung spricht. Doch ist u. E. ausschlaggebend, daß sich aus dem Worte „Vorhaben" ein anderes ergibt.[14]) „Jemand hat ein Verbrechen vor, solange er damit umgeht, ein solches zu verüben."[15]) D. h. „Vorhaben" ist hier mit „Absicht" und mit „Vorsatz" gleichzusetzen.[16]) Auch wird im Falle des untauglichen Versuchs befürchtet werden müssen, daß der Täter sein Vorhaben nicht aufgibt. Für § 240 StGB würde die Frage dahin zu stellen sein, ob die Bedrohung mit einem Verbrechen, welches nur in untauglicher Weise ausgeführt zu werden vermag, genügt. Da sich die Nötigung gegen die Freiheit der Willensbetätigung wendet,[17]) wird es darauf ankommen, ob der Bedrohte die Untauglichkeit kennt oder nicht. Es „kommt auf die objektive Ausführbarkeit der Drohung nicht an, wenn nur die Drohung geeignet war, auf die Willensbetätigung des Bedrohten einzuwirken, indem er ihre Ausführung für möglich halten konnte."[18]) Ebenso muß man auch bei § 241 StGB entscheiden. Hier genügt zur Erfüllung des Tatbestandes sogar die regelmäßige Eignung der Drohung, den Rechtsfrieden des Bedrohten zu stören. Ob der Bedrohte die Drohung für ernstlich hält, sich vor ihr fürchtet oder nicht, ist gleich, kommt es doch auch für die Täterseite nur darauf an, die Drohung als ernst gemeinte erscheinen zu lassen. „Durch eine Gefährlichkeit der Drohung im gegebenen Falle ist der Tatbestand nicht bedingt."[19]) — Daß hinsichtlich des § 257 die Möglichkeit strafbarer Begünstigung erweitert wird, wenn die Strafbarkeit der Vortat auf Fälle des untauglichen Versuchs ausgedehnt wird, liegt auf der Hand, wenigstens für die persönliche Begünstigung;[20]) nichts anderes ergibt sich auch für § 258.[21]) Andererseits genügt ein untauglicher Versuch als Vortat für die Sachhehlerei des § 259 im allgemeinen nicht, doch sind solche Fälle nicht undenkbar: so kann jemand in Diebstahlsabsicht eine ihm selbst gehörige Sache wegnehmen und sie somit „mittels einer strafbaren Handlung erlangt" haben.[22]) Die Anerkennung von Straftatbeständen mit subjektiver Rechtswidrigkeit bietet hier jedenfalls nicht *mehr* Schwierigkeiten, als ohne dieselbe für die Frage nach dem Zweck solcher Bestimmungen schon jetzt bestanden haben.

d) Sicherungsrecht.

Ferner ergibt sich für ein subjektives System, daß es nicht in der Lage ist, das Recht der Maßnahmen zur Sicherung und Besserung ohne „Systemwidrigkeit" (Zimmerl) zu erfassen. „Man wird vielmehr das ganze

---

[13]) Vgl. Frank, 18. Aufl. zu § 139, II.
[14]) a. M. LK 3. Aufl. 1925, zu § 139 N. 2.
[15]) Olshausen, zu § 139 N. 2.
[16]) So auch Olshausen zum früheren § 82 N. 1 3. Abs.
[17]) Olshausen, zu § 240 N. 3.
[18]) Olshausen, zu § 240 N. 9 2. Abs.
[19]) Olshausen, zu § 241 N. 5 2. Abs.
[20]) Vgl. Frank, zu § 257 N. II 3.
[21]) Frank, zu § 258 N. I, 3.
[22]) Vgl. auch Olshausen, zu § 259 N. 2, 2. Abs. und N. 4.

Sicherungsrecht aus dem Kriminalrecht ausscheiden und in das Gebiet des Wohlfahrtsrechtes überweisen müssen. Das ist gewiß möglich, m. E. aber keineswegs wünschenswert."[23]) Daß aber die Ausnahmenatur des Sicherungsrechts für das subjektive System ein Unglück ist, muß bezweifelt werden. Auch ist nicht erforderlich, mit Fiktionen zu helfen, wie Finger[24]) will. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, daß ein Strafrecht mit subjektiver Rechtswidrigkeit, welches seine Reaktion schon und ausschließlich für den verbrecherischen Willen androht, „zwangsläufig zu einer doppelspurigen Reaktion"[25]) gegen das Unrecht gedrängt wird. Ein solches System schafft mehr als jedes andere eine Kluft zwischen Strafe und Sicherung. Je mehr die Proportion von Strafe und Tat[26]) aufgegeben wird zugunsten einer solchen von Gesinnung und Strafe, umso weniger fügt sich das Sicherungsrecht in das System ein. „Die Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung als Schuld", also jene ein solches System „als Grundvoraussetzung für Vergeltung beherrschende Rechtswidrigkeit, verliert bei den Sicherungsmaßnahmen ihre Bedeutung",[27]) und kann gerade d e s h a l b, also aus inneren Gründen, nicht als „systemwidrig" charakterisiert werden.

Anhang: Zur Reform.

Zwangsläufig bekennt sich daher auch die Reform zu einer wesensmäßigen Scheidung von Strafe und Maßregeln der Sicherung und Besserung. Die preußische Denkschrift vertritt mit Ausnahme der Fälle des Freispruchs wegen Unzurechnungsfähigkeit (vgl. jetzt § 42 b StGB) den Gedanken der sogen. „Einspurigkeit" in dem Sinne, daß eine neben der Strafe zu verhängende Maßnahme der Sicherung und Besserung im Einklang mit der Volksanschauung abzulehnen sei (S. 138/9). Ein ethisiertes Schuldstrafrecht muß notwendig mit sozialethischer Vergeltung, mit Sühne für Schuld, antworten. Für Gewohnheitsverbrecher schlägt die Denkschrift lebenslängliche Freiheitsstrafe vor, für Trinker, Rauchsüchtige usw. entsprechende Behandlung im Strafvollzuge. — Ueber die Angemessenheit der Ausgestaltung des Gedankens der „Einspurigkeit" in diesem Sinne mag man zweifeln. (Vgl. Klee, DJZ 1934, S. 1306). Der schwierigen Entscheidung im Sinne eines Entweder-Oder hat sich das Gesetz vom 24. November 1933 (RGBl I, S. 995) gänzlich entzogen, indem es sich in Abweichung einer folgerichtigen Ausgestaltung des Gedankens eines Willensstrafrechts zur „Zweispurigkeit" im Sinne eines Nebeneinander von Strafe und Sicherung bekennt. (Vgl. dazu insbes. Mezger, Dtsch. Strafr. 1934, S. 125 ff; Gemmingen, Die Erfassung, S. 115). Doch ist mit Klee (a. a. O.) anzunehmen, daß das Nacheinander von Strafe und Heilung oder Sicherung in dem genannten Gesetz nur als Uebergangserscheinung anzusehen ist, (ebenso Mezger, a. a. O., S. 127, der die Einspurigkeit als „Fernziel" hinstellt), „die dem Dogma der Willensfreiheit die Konzession macht, daß

---

[23]) Zimmerl, Aufbau, S. 31.

[24]) in GS 97, S. 393.

[25]) Schäfer, Die Schuldlehre, in: Das kommende deutsche Strafrecht, 1934, Allg. Teil. S. 37.

[26]) Vgl. dazu Drost, Ermessen, S. 90 ff., 155 ff.

[27]) Gemmingen, Die Erfassung, S. 115.

auf Willensschuld Sühne folgen muß, während doch bei den vermindert Zurechnungsfähigen ebensowenig wie bei den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechern von einem durch das Strafübel als solches beeinflußbaren Willen die Rede sein kann. Denn nur im Sinne solcher Motivierbarkeit könnte doch von einer „freien" Willensbestimmung die Rede sein." Klee schlägt für diese Fälle die ausschließliche Sicherungsverwahrung vor. Zur „Einspurigkeit" bekennt sich auch Sauer (Dtsch. Strafr. 1934, S. 189, 190), wenn er auch (fälschlich) von „Zweispurigkeit" spricht (vgl. Mezger, a. a. O., S. 126 2. Abs.), während Mezger (a. a. O., S. 128) für den Gedanken eintritt, „daß bei kriminalpolitisch zweckmäßiger Behandlung des gefährlichen Verbrechers der Nachdruck immer auf der Gesamtheit der ausgesprochenen Maßregeln liegt", was eine Bereicherung auf dem Wege sachgemäßer Täterbehandlung darstelle. —

Lebenslauf.

Am 22. Februar 1910 bin ich in Berlin als Sohn des Fabrikbesitzers Alfred Riedeberger und seiner Ehefrau Martha geb. Bamberg geboren. Nach einem Besuch der Lichtenberger Mittelschule und der 12. Realschule zu Berlin trat ich zu Ostern 1922 in die Ober-Realschule Lichterfelde ein und verließ diese mit dem Zeugnis der Reife am 4. 3. 1929. Zum Sommersemester 1929 bezog ich dann die Universität Berlin, um mich dem Rechtsstudium zu widmen. Nach 8 Semestern, die sämtlich in Berlin gehört wurden, meldete ich mich am Kammergericht Berlin zur 1. juristischen Staatsprüfung und bestand dieselbe am 28. Mai 1934. Im Wintersemester 1935/36 studierte ich dann noch einmal in Halle, um mich für das Doktorexamen vorzubereiten. Die mündliche Prüfung bestand ich am 27. Februar 1936.

Ich möchte mir ergebenst gestatten, an dieser Stelle allen meinen Lehrern herzlichen Dank zu sagen, insbesondere den Herren Prof. Dr. Eduard Kohlrausch und Prof. Dr. Graf von Gleispach, deren Seminar ich während des Wintersemesters 1934/35 besuchen durfte und Herrn Prof. Dr. Wegner, durch dessen wertvolle Anregungen meiner wissenschaftlichen Arbeit eine besonders große Förderung zuteil wurde.